﴿ الجزء السابع والعشرون من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت	ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني	حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير	والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط	تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي	للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس	مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الناخس

(قال رحمه الله) واذا سار الرجل على دابة في الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفحت برجلها رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لان نخسه جناية فما تولد منه كان مضمونا عليه وانما تكون النفحة بالرجل جبارا اذا كان يسير فى الطريق قال بلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لان ذلك تولد من نخسه فصار كانه هو الذى جنى على نفسه ولو ألقت الراكب من تلك النخسة فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه تولد ذلك من نخسه وجنايته وكذلك لو وثبت من نخسه علي رجل فقتلته أو وطئت رجلا فقتلته لان ذلك تولد من جنايته والواقفة فى ذلك والتى تسير سواء لان ذلك تولد من نخسه فكان الضمان علي عاقلته قال ولو نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه فى نفحتها وهى تسير لان النفحة فى حال السير هدر لقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها هذا باذن الراكب كانت الدية عليهما جميعا اذا كان فى فورها الذى نخسها فيه لانه لما نخس باذن الراكب صار بمنزلة السائق والراكب سائقا وراكبا كان الضمان عليهما نصفين وهذا اذا كان فى ذلك الفور الذى نخسها فية فاما اذا انقطع ذلك الفور كما اذا سارت ساعة وتركها من السوق فالضمان علي الراكب خاصة لان فعل الناخس قد انقطع وبقى فعل الراكب قال واذا نخس الرجل الدابة ولها سائق بغير اذن السائق فنفحت رجلا فقتلته فالضمان على الناخس وكذلك لو كان لها قائد لان ذلك تولد من نخسه وان نخس باذن السائق أو باذن القائد فنفحت رجلا فقتلته فلا ضمان عليه ولا عليهما لان الناخس صار سائقا والنفحة بالرجل جبار فى هذه الحالة قال واذا قاد الرجل الدابة فنخسها رجل آخر فانفلتت من القائد ثم

أصابت في فورها ذلك فضمان ذلك على الناخس لان حكم قوده قد انقطع وصار الناخس جانيا فضمان ذلك عليه قال وان كان الناخس عبدا فجناية الدابة في رقبة العبد يدفع بها أو يفدي لانه بمنزلة جنايته بيده وان كان الناخس صبيا فهو كالرجل في ان ضمان الدية يجب علي عاقلته وان مرت الدابة بشيء نصب في ذلك الطريق فنخسها ذلك الشيء فنفحت انسانا فقتلته فهو علي الذي نصب ذلك لانه متعد في نصب ذلك الشيء في الطريق فكان نخس ذلك الشيء للدابة بمنزلة نخس الذي نصبه وان كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبدا لغيره فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على أحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور أو حرا فان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعها مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع علي الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار للعبد غاصبا باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له وكذلك لو أمره بالسوق أو بقود الدابة ولو كان الراكب عبدا فأمر عبدا آخر فساق دابته فأوطأت انسانا فقتلته فالدية في اعناقهما نصفين يدفعان بها أو يفديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شيء علي الراكب لمولى العبد المأمور اذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق واذا عتق كان عليه قيمة المأمور وان كان تاجرا أو مكاتبا فهو دين في عنقه لانه لا يؤاخذ بضمان القول فكذلك السائق في الحال واذا أقاد الرجل قطارا في طريق المسلمين فما وطيء أول القطار وآخره فالقائد ضامن له وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان القائد مقرب ما أصاب بالصدمة أو غير ذلك وكذلك السائق مقرب من ذلك ومشترك في الضمان لاستوائهما في السبب وهذا لان السوق والقود في الطريق مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة الركوب فكما ان الراكب يجعل ضامنا بما تلف بسبب يمكن التحرز عنه فكذلك السائق والقائد والمعنى في الكل ان الدابة في يده فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه في صرف الدابة بسوقه أو بقوده وان كان معها سائق للابل وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثا لان الذي هو في وسط القطار سائق لما بين يديه فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه من الابل قائدا لما خلفه والسائق والقائد في حكم الضمان سواء وكذلك ان كان يكون أحيانا وسطها وأحيانا يتقدم

واحيانا يتأخر لانه فى جميع هذه الاحوال سائق للقطار أو قائد ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيأ لم يضمن شيأ مما تصيب الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه فان ثقل السوق فى الزجر علي الابل والضرب ولم يوجد منه شئ من ذلك وهو معهم فى الضمان فيما أصاب البعير الذى هو عليه وما خلفه أما فى البعير الذى هو عليه فلانه راكب والراكب شريك السائق والقائد فى الضمان وأما ماخلفه فلانه قائد لما خلفه لان ما خلفه زمامه مربوط ببعيره ومشي البعير الذى هو عليه يضاف الى الراكب فيجعل هو بهذا المعنى كالقائد لما خلفه وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه يقوده بيده وأما اذا كان هو نائما على بعيره أو قاعدا لا يفعل شيأ لا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه فى ذلك وهو فى حق ماخلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعيره واذا أتى الرجل ببعير فربطه الي القطار والقائد لا يعلم وليس معها سائق فاصاب ذلك البعير انسانا ضمن القائد لانه قائد لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان ومع تحقق سبب الضمان لا يسقط الضمان لجهله ثم يرجع القائد على الذى ربط البعير بذلك الضمان لانه هو الذى ألزمه ذلك الضمان حين ربط البعير بقطاره وهو متعد فيما صنع فيكون له أن يرجع عليه بما يلحقه من الضمان ولو كان البعير واقفا حين ربطه بالقطار ثم قاد فأصاب ذلك البعير شيأ فالضمان علي القائد ولا يرجع علي الذى ربط البعير بذلك الضمان لانه هو الذى ربط البعير بقطاره كان هو السبب لما يلحقه من الضمان فيثبت له حق الرجوع به عليه وفى الوجهين جميعا ان علم صاحب القطار وقاد القطار على حاله لم يكن له أن يرجع على الرابط بشئ من الضمان لانه بعد ماعلم لما قاد القطار فقد صار ضامنا بفعله فيجعل كانه ربط بامره ولو سقط شيء مما يحمل الابل على انسان فقتله أو سقط بالطريق فعثر فمات كان الضمان فى ذلك على الذى يقود الابل وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان هذا مما يمكن التحرز عنه بان يشد الحمل على البعير على وجه لا يسقط وانما يسقط لتقصير كان من القائد والسائق فى الشد فكانه أسقط ذلك بيده فيكون ضامنا لما تلف بسقوطه عليه ولمن يعثر به بعد ماسقط فى الطريق لانه شيء أحدثه فى طريق المسلمين واذا سار الرجل على دابته فى الطريق فعثر بحجر وضعه رجل أو بدكان قد بناه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت علي انسان فمات فالضمان على الذى أحدث ذلك فى الطريق لانه ممنوع من احداث شيء من ذلك فى طريق المسلمين فان الطريق معد لمرور الناس فيه فيما يضر بالمارة

أو يحول بينهم وبين المرور فيه يكون هو ممنوعا من احداث ذلك وبهذا الطريق يصير المحدث كالدافع للدابة على ما سقطت عليه فيكون الضمان عليه دون الراكب قالوا هذا اذا لم يعلم الراكب بما أحدث فى الطريق فان علم بذلك وسير الدابة على ذلك الموضع قصدا فالضمان عليه لانه طرأ على فعل الذى أحدث فعل آخر ممن هو مختار فيفسخ به حكم فعل الاول ويكون الضمان على الثانى بمنزلة من وضع حجرا على الطريق فزحزحه رجل آخر الى جانب آخر من الطريق ثم عثر به انسان كان الضمان على الثانى دون الاول ولو سار على دابته في ملكه فأوطأت انسانا بيد أو رجل فقتلته فعليه الدية والكفارة جميعا لان الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته والمباشرة فى ملكه وفى غير ملكه سواء فى ايجاب الضمان عليه كالرمى فان رمى فى ملكه فأصاب انسانا كان عليه ضمانه وان كان سائقا أو قائدا فلا ضمان عليه فى ذلك لانه تسبب بتقريب الدابة من محل الجناية والمتسبب انما يكون ضامنا اذا كان متعديا بسببه وهو فى ملك نفسه لا يكون متعديا فى سوق الدابة ولا قودها فهو نظير القاعد فى ملكه اذا تعثر به انسان والدليل على الفرق ان السائق والقائد فى الطريق لا تلزمه الكفارة لانعدام مباشرة القتل منه والراكب تلزمه الكفارة ولو أوقفها فى ملكه فاصابت انسانا من أهله أو أجنبيا دخل باذنه أو بغير اذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى ايقافها فى ملكه وكذلك الكلب العقور فى دار مخلى عنه أو مربوطا لان صاحب الكلب غير متعدى فى امساكه فى ملكه ولو ربط دابته فى الطريق فجالت فى رباطها من غير أن يحلها أحد فما أصابت فهو على الذى ربطها لانه متعد فى ربطها فى الطريق وفى أى موضع وقفت بعد أن تكون مربوطة فذلك يكون مضافا الى من ربطها لان الرابط يعلم حين ربطها انه تحول فى رباطها بهذا القدر فلا يكون تغييرها عن حالها مبطلا الضمان عنه بعد أن يكون الضمان بالرباط كما هى الا أن يحل الرباط وتذهب فحينئذ تكون فى معنى المنفلتة وكذلك كل بهيمة من سبع أو غيره اذا أوقفه رجل على الطريق فهو متعد فى هذا التسبب حكما ضامن لما يتلف به ما لم يتغير عن حاله وكذلك لو طرح بعض الهوام على رجل فلدغه ذلك فهو ضامن له لانه متعد فى هذا التسبب ولا يقال قد طرأ على تسببه مباشرة وهو اللدغ من العقرب أو الحية لان ذلك غير صالح لبناء الحكم عليه فلا يقطع به حكم التسبب الموجود ممن ألقاه عليه

بمنزلة مشي الماشي وفعله في نفسه في مسئلة حفر البئر فانه لايكون ناسخا للسبب الموجود من الحافر في حكم الضمان والله أعلم

باب مايحدث الرجل في الطريق

(قال رحمه الله) واذا وضع الرجل في الطريق حجرا أو بني فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة في الطريق أو أشرع كنيفا أو حياضا أوميزابا أو وضع في الطريق جذعا فهو ضامن لما أصاب من ذلك لانه مسبب لهلاك ماتلف بما أحدثه وهو متعد في هذا التسبب فانه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور في الطريق الذي هوحقهم ووجوب الضمان لصيانة دم المتلف عن الهدر فاذا أمكن ايجابه على المسبب لكونه متعديا في تسببه نوجبه عليه وان لم يكن قاتلا في الحقيقة حتى لاتلزمه الكفارة عندنا ولا يحرم الميراث وقال الشافعي لما جعل التسبب كالمباشرة في حكم الضمان فكذلك في حكم الكفارة وحرمان الميراث ولكنا نقول الكفارة وحرمان الميراث جزاء قتل محظور ولا يوجد ذلك في التسبب لانه لا يتمكن أن يجعل قاتلا باحداث ذلك ولا مقتول عند احداثه ولا يمكن أن يجعل قاتلا عند الاصابة فلعل المحدث ميت عند الاصابة وكيف يكون الميت قاتلا والدليل عليه أن القتل لايكون الا بفعل القاتل والقتل نوعان عمد وخطأ ففي كل مايتصور العمد في جنسه يتصور الخطأ أيضا والقتل العمد بهذا الطريق لا يتحقق فكذلك الخطأ وحرمان الميراث باعتبار توهم القصد الي استعجال الميراث وذلك في العمد لا يشكل وفي الخطأ يحتمل أن يكون الخطأ أظهر من نفسه وهو قاصد الي ذلك وهذا لا يتحقق في هده المواضع وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله الكفارة وحرمان الميراث لا يثبت في حق الصبي والمجنون بالقتل لانه جزاء قتل محظور وفعل الصبي لا يوصف بذلك فالخطأ شرعا يبنى علي الخطاب وعند الشافعي يثبت الكفارة وحرمان الميراث في حقهما كما تثبت الدية وعلي هـدا قلنا اذا قضي القاضي على مورثه بالقصاص لم يحرم الميراث وان رجعوا لا تلزمهم الكفارة لان ذلك جزاء فعل محظور والقاضى بقضائه لايصير قاتلا وكذلك شهود القصاص لايحرمون الميراث وان رجعوا لاتلزمهم الكفارة لان ذلك جزاء قتل محظور وهم بالشهادة ماصاروا قاتلين مباشرة فان عثر بما احدثه في الطريق رجل فوقع علي آخر فماتا فالضمان علي الذي أحدثه في الطريق لانه بمنزلة الدافع لمن يعثر بما أحدثه فكانه دفعه بيده على غيره فلا ضمان علي الذى عثر به لانه مدفوع

فى هذه الحالة والمدفوع كالا له واذا نحى رجل شيأ من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان علي الذى نحاه وقد خرج الاول من الضمان لان حكم فعله قد انفسخ بفراغ الموضع الذى شغله بما أحدث فيه وانما شغل بفعل الثانى فى موضع آخر فهو كالمحدث لذلك فى ذلك الموضع والقاء التراب فى الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة القاء الحجر والخشبة ولو أن رجلا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه لم يحدث فى الطريق شيأ انما كنس الطريق لكيلا يتضرر به المارة ولا يؤذيهم التراب فلا يكون هذا متعديا فى هذا السبب ولو رش الطريق أو توضأ فى الطريق فعطب بذلك الموضع انسان فهو ضامن لان ما أحدث فى الطريق من صب الماء يلحق الضرر بالمارة ويحول بينهم وبين المرور مخافة أن تزل أقدامهم وهذا كله فى طريق هو للعامة فان كان فى سكة غير نافذة والذى فعل ذلك من أهل السكة لم يضمن لان ذلك الموضع مشترك بينهم شركة خاصة وقد بينا أن أحد الشركاء اذا أحدث من ذلك فى الملك المشترك لم يكن ضامنا واذا أشرع الرجل جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله فالضمان علي البائع لانه كان جانيا بوضع الجناح فان سواء الطريق كرقبة الطريق فمن احدث فيه شيأ يكون جانيا وبالبيع لم ينسخ حكم فعله لانه لم ينزع الموضع الذى شغله بما أحدثه فبقى ضامنا علي حاله (الا ترى) انه لو وضع الجناح فى غير ملكه كان ضامنا لما تلف به فلما كان عدم الملك لا يمنع انعقاد سبب الضمان فكذلك لا يمنع بقاءه ولا شئ علي المشترى لانه ما أحدث فى الطريق شيأ وكذلك الميزاب فان سقط الميزاب يصرفان فان أصاب ما كان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان فيه علي أحد لانه انما وضع ذلك الطرف من الميزاب فى ملكه واحداث شئ فى ملكه لا يكون تعديا وان أصابه ما كان خارجا منه من الحائط فالضمان على الذى وضعه لانه متعد فى ذلك الطرف فانه شغل به هواء الطريق فان لم يعلم أيهما أصابه ففى القياس لا شئ عليه لانه ان كان أصابه الطرف الداخل لم يضمن شيأ وان أصابه الطرف الخارج فهو ضامن والضمان بالشك لا يجب لان فراغ ذمته ثابت يقينا وفى الاشغال شك وفى الاستحسان هو ضامن للنصف لانه فى حال هو ضامن للكل وفى حال لا شئ عليه فيتوزع الضمان على الاحوال ليتحقق به معنى النظر من الجانبين واذا استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا فان سقط من عملهم قبل أن يفرغوا منه فالضمان عليهم دون رب الدار لانه انما سقط لتقصيرهم فى الامساك فكانهم ألقوا ذلك

فيكونون قاتلين مباشرة فيلزمهم الدية والكفارة ويحرمون الميراث وان سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان فيه على رب الدار استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر فيما أمره في ماله أن يفعله بنفسه ولكنه استحسن لحديث شريح فانه قضى بالضمان على مثله على رب الدار والمعنى فيه انهم يعملون له ولهذا يستوجبون الاجر عليه وقد صار عملهم مسلما اليه بالفراغ منه فكانه عمل ذلك بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فان عملهم لم يصر مسلما اليه بعد وهذا لانه انما يحدث ذلك في فنائه ويباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فنائه اذا كان لا يتضرر به غيره ولكن لكون الفناء غير مملوك لم يتقيد بشرط السلامة فبهذا اعتبر أمره في ذلك وجعل هو كالقاتل لنفسه ولو وضع ساجة في الطريق أو خشبة باعها من رجل وبرئ اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على الذى وضعها لانه كان متعديا في وضعها فما بقيت في ذلك المكان بقي حكم فعله وكما أن انعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع وان كان جميع ما ذكرنا في ملك قوم أشرعوه في ملكهم فلا ضمان في شيء من ذلك وان كان أشرعه بعضهم دون بعض فعليه الضمان يرفع عنه بحصة ما ملكه من ذلك لان أحد الشركاء لا يملك البناء في الملك المشترك بغير رضا شركائه فهو جان باعتبار ارضائهم غير جان باعتبار نصيبه فيتوزع الضمان على ذلك بمنزلة أحد الشركاء في الجارية اذا وطئها يلزمه العقر ويرفع عنه من ذلك حصته وذلك بخلاف ما لو توضأ فيه أو صب فيه ماء أو وضع متاعا لان ذلك يتمكن من فعله كل واحد من الشركاء شرعا فيستحسن أن لا يجعله ضامنا به بخلاف البناء واذا وضع في الطريق جمرا فاحرق شيأ فهو ضامن له لانه متعد في احداث النار في الطريق فان حركته الريح فذهب به الى موضع آخر ثم أحرق شيأ فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انتسخ بالتحول من ذلك الموضع الى موضع آخر قال وهذا اذا لم يكن اليوم يوم ريح فان كان ريحا فهو ضامن لانه كان عالما حين ألقاه ان الريح يذهب به من موضع الى موضع فلا ينسخ حكم فعله بذلك بمنزلة الدابة التى جالت برباطها والله أعلم

باب الحائط المائل

(قال رحمه الله) واذا مال حائط الرجل أووهى فوقع على الطريق الاعظم فقتل انسانا فلا

ضمان على صاحبه لانه لم يوجد منه صنع هو تعد فانه وضع البناء فى ملكه فلا يكون متعديا فى الوضع ولا صنع له فى مثل الحائط ولكن هذا اذا كان بناء الحائط مستويا فان كان بناه فى الاصل مائلا الى الطريق فهو ضامن لمن يسقط عليه لانه متعد فى شغل هواء الطريق ببنائه وهواء الطريق كاصل الطريق حق المارة فمن أحدث فيه شيأ كان متعديا ضامنا فأما اذا بناه مستويا فانما شغل ببنائه هواء ملكه وذلك لا يكون تعديا منه فلو أشهد عليه فى هذا الحائط المائل فلم يهدمه حتى سقط وأصاب انسانا ففى القياس لا ضمان عليه أيضا وهو قول الشافعى لانه لم يوجد منه صنع هو تعد والاشهاد فعل غيره فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه لكن استحسن علماؤنا رحمهم الله ايجاب الضمان روى ذلك عن على رضى الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين وهذا لان هواء الطريق قد اشتغل بحائطه وحين قد أشهد عليه فقد طولب بالتفريغ والرد فاذا امتنع من ذلك بعد ما تمكن منه كان ضامنا بمنزلة ما لو هبت الريح بثوب القته فى جحر فطالبه صاحبه بالرد عليه فلم يفعل حتى هلك بخلاف ما قبل الاشهاد ولانه لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب اذا هلك فى جحره قبل أن يطالبه صاحبه بالرد ثم لا معتبر بالاشهاد وانما المعتبر التقدم اليه فى هدم الحائط فالمطالبة تتحقق وينعدم به معنى العذر فى حقه وهو الجهل بميل الحائط الا أنه ذكر الاشهاد احتياطا حتى اذا جحد صاحب الحائط التقدم اليه فى ذلك أمكن اثباته عليه بالبينة بمنزلة الشفيع فالمعتبر فى حقه طلب الشفعة ولكن يؤمر بالاشهاد على ذلك احتياطا لهذا المعنى وهذا التقدم اليه يصح من كل واحد من الناس مسلما أو ذميا رجلا كان أو امرأة لان الناس فى المرور فى الطريق شركاء والتقدم اليه صحيح عند السلطان وعند غير السلطان لانه مطالبة بالتفريغ وغير مطالبة في الطريق ولكل أحد حق في الطريق فينفرد بالمطالبة بتفريغه وصورته أن يقول له ان حائطك هذا مائل فاهدمه وذكر عن الشعبي انه كان يمشى ومعه رجل فقال الرجل ان هذا الحائط لمائل وهو لعامر ولا يعلموا الرجل انه عامر فقال عامر ما أنت بالذى يفارقنى حتى أنقضه فبعث الي الفعلة فنقضه فعرفنا أن الاشهاد بهذا اللفظ يتم وبعد الاشهاد ان تلف بالحائط مال فالضمان فى ماله وان تلف به نفس فضمان ديته على عاقلته لان هذا دون الخطأ ولا كفارة عليه فيه لانعدام مباشرة القتل منه ويستوي ان شهد عليه رجلان أو رجل وامرأتان فى التقدم اليه لان الثابت بهذا التقدم ما لا يندرئ بالشبهات وهو المال

واذا باع الحائط بعد ما أشهد عليه برىء من ضمانه لانه انما كان جانيا بترك الهدم مع تمكنه منه وبالبيع زال تمكنه من هدم الحائط فيخرج من أن يكون جانيا فيه بخلاف الجناح فهنالك كان جانيا باصل الوضع * يوضحه أن ابتداء الاشهاد عليه لا يصح اذا لم يكن هو مالكا للحائط. فكذلك لا يبقى حكم الاشهاد بعد زوال ملكه بخلاف الجناح ولا ضمان على المشترى فى الحائط لانه لم يتقدم اليه فى هدمه فحاله كحاله قبل أن يتقدم اليه فيه فان شهد المشترى فى الحائط فانه لا يتقدم اليه فى هدمه فحاله كحال البائع قبل أن يتقدم اليه فيه فان أشهد على المشترى بعد شرائه فهو ضامن لتركه تفريغ الطريق بعد ما طولب به مع تمكنه من ذلك ولو كان الحائط رهنا فتقدم الى المرتهن فيه لم يضمنه المرتهن ولا الراهن لان المرتهن غير متمكن من هدمه فلا يصح التقدم فيه اليه ولم يتقدم الى الراهن فيه وان تقدم فيه الى الراهن كان ضامنا لانه متمكن من أن يقضى الدين ويسترد الحائط فيهدمه فيصح التقدم اليه فيه وان تقدم الى ساكن الدار فى بعض الحائط المائل فليس ذلك بشىء سواء كان ساكنا باجر أو بغير أجر لانه غير متمكن من النقض وان تقدم الى رب الدار فعليه الضمان لانه متمكن من هدمه فاذا تقدم الى أب الصبي أو الوصى فى ذلك فلم ينقضه حتى سقط. فاصاب شيأ فضمانه على الصبي لان الاب والوصى يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط. فيصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هما فى ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما واذا تقدم فى الحائط. الى بعض الورثة فالقياس ان لا ضمان على أحد منهم لان أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بنائه ولم يوجد التقدم الى الباقين فلا يصح هذا الاشهاد ولا يكون هو متعديا فى تركه التفريغ بعد هذا ولكنا نستحسن فنضمن هذا الذي أشهد عليه بحصة نصيبه مما أصاب الحائط لانه كان متمكنا من أن يطلب شركاءه ليجتمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعته يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه أدى الي الضرر والضرر مدفوع والرجل والمرأة والمسلم والذمى والحر والمكاتب فى هذا الاشهاد سواء لانهم فى التطرق فى هذا الطريق سواء واذا تقدم الي العبد التاجر فى الحائط. فأصاب انسانا وعليه دين أولا دين عليه فهو على عاقلة مولاه لان العبد متمكن من هدم الحائط فيصح التقدم اليه ثم الحائط. ملك المولي ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فالمولى أحق باستخلاصه لنفسه فيجعل فى حكم الجناية كان المولي هو المالك على ما بينا فيما

اذا وجد القتيل فى دار العبد فلهذا كان ضمان الدية علي عاقلة المولى وان أصاب مالا فضمانه فى عنق العبد يباع فيه وينبغى فى القياس أن يكون على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد بالتزام ضمان المال كالحر فانه منفك الحجر عنه فى اكتساب سبب ذلك وفى التزام ضمان الجناية علي النفس هو كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولي واذا وضع الرجل على حائطه شيأ فوقع ذلك الشئ فأصاب انسانا فلا ضمان عليه فيه لانه وضعه علي ملكه فهو لا يكون متعديا فيما يحدثه فى ملكه ويستوى ان كان الحائط مائلا أو غير مائل لانه فى الموضعين لا يكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه واذا تقدم الى رجل فى حائط من داره فى يده فلم يهدمه حتى سقط علي رجل فقتله فأنكرت العاقلة أن تكون الدار له أوقالوا لاندرى هى له أو لغيره فلا شئ عليهم حتى تقوم البينة علي أن الدار له لان ثبوت الملك له باعتبار اليد من حيث الظاهر وذلك لا يصلح حجة لاستحقاق الدية على العاقلة فهو نظير المشترى للدار اذا أنكر أن يكون ما فى يد الشفيع ملكه كان على الشفيع اثبات ملكه بالبينة ليتمكن من الاخذ بالشفعة والحاصل انه يحتاج الى اثبات ثلاثة أشياء بالبينة أحدها أن تكون الدار له والثانى أن يتقدم اليه فى هدم الحائط والثالث أن المقتول انما مات بسقوط الحائط عليه فاذا ثبتت هذه الاشياء بالبينة فحينئذ يقضي بالدية علي العاقلة فان أقر ذو اليد ان الدار له لم يصدق على العاقلة ولا ضمان على المقر أيضا فى القياس لانه انما أقر بوجوب الدية على العاقلة والمقر علي الغير اذا صار مكذبا فى اقراره لم يضمن شيأ ولكنا نستحسن أن نضمنه الدية لاقراره على نفسه بالتعدى وهو ترك هدم الحائط بعد ماتمكن منه وانما هذا بمنزلة جناح أخرجه فى دار فى يده الي الطريق فوقع على انسان فقتله فقالت العاقلة ليست الدار له وانما أخرج الجناح بامر رب الدار وأقر ذو اليد ان الدار له فانه يكون ضامنا الدية فى ماله فهذا مثله واذا كان الرجل على حائط له مائل أو غير مائل سقط به الحائط فاصاب من غير عمله انسانا فقتله فهو ضامن فى الحائط المائل اذا كان قد تقدم اليه فيه ولا ضمان عليه فيما سواه لانه مدفوع بالحائط حين سقط الحائط وسقوطه علي انسان بمنزلة سقوط الحائط عليه فى حكم الضمان ولو كان هو سقط من الحائط من غير ان سقط الحائط فقتل انسانا كان هو ضامنا لانه غير مدفوع هنا بالحائط فان الحائط علي حاله لم يسقط ولكنه بمنزلة النائم انقلب على انسان فقتله يكون ضامنا له ولو

مات الساقط بطرق الاسفل فان كان يمشى فى الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى مشيه في الطريق ولا يمكنه أن يتحرز عن سقوط غيره عليه وان كان واقفا فى الطريق أو قاعدا أو نائما فهو ضامن لدية الساقط عليه لانه متعد بالوقوف والقعود والنوم فيكون ضامنا لما يتلف به وان كان الاسفل في ملكه فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى الوقوف فى ملكه وعلى الاعلى ضمان الاسفل فى هذه الحالات لان الاعلى مباشر بقتل من سقط عليه وفى المباشرة الملك وغير الملك سواء وكذلك ان تعقل فسقط أو نام فانقلب فهو ضامن لما أصاب الاسفل لانه تلف بثقله فكانه قتله بيده وعليه الكفارة فى ذلك وكذلك لو تردى من جبل الى رجل فقتله فعليه ضمانه وملكه وغير ملكه فى ذلك سواء وكذلك لو سقط فى بئر احتفرها فى ملكه وفيها انسان فقتل ذلك الانسان كان ضامنا للانسان بمنزلة مالو قتله بيده وان كان البئر فى الطريق كان الضمان على رب البئر فيما أصاب الساقط والمسقوط عليه لان الحافر للبئر اذا كان متعديا فهو بمنزلة الدافع لمن سقط فى البئر والساقط بمنزلة المدفوع واذا شهد على رجل فى حائط مائل شاهدان فاصاب الحائط أحد الشاهدين أو أباه أو عبدا له أو مكاتبا له ولا شاهد علي رب الحائط غيرهما لم تجز شهادة هذا الذى يجر الى نفسه أو الى أحد ممن تجوز شهادته له نفعا لان الوجب للضمان على صاحب الحائط التقدم اليه فى الهدم وهو منكر لذلك فشهادة الشهود عليه بهذا السبب كشهادتهم عليه بوجوب الضمان بسبب آخر ولو شهد عبدان أو صبيان أو كافران ثم عتق العبد وأسلم الكافر وأدرك الصبيان ثم وقع الحائط فاصاب انسانا فهو ضامن لدلك وكذلك ان كان السقوط قبل أن يعتقا أو يسلما أو يدركا ثم كان ذلك قبل اداء الشهادة لما بينا أن المعتبر هو التقدم اليه والاشهاد عند ذلك محض تحمل فيكون صحيحا من هؤلاء وهم أهل للشهادة عند الاداء فوجب قبول شهادتهم واذا شهد علي اللقيط فى حائطه ثم سقط فقتل رجلا فديته على بيت المال لانه متمكن من هدم حائطه فاذا لم يفعل حتى سقط كان بمنزلة جنايته بيده فتكون على بيت المال اذا لم يوال أحدا وكذلك الكافر يسلم ولم يوال أحدا فهو كاللقيط يعقل عنهما جنايتهما بيت المال وميراثهما لبيت المال واذا مال الحائط على دار قوم فاشهدوا عليه فهو ضامن لما أصاب عليه الحائط منهم أو من غيرهم لانه بميل الحائط شغل هواء ملكهم فتكون المطالبة بالتفريغ اليهم فاذا تقدموا اليه أو أحدهم صح التقدم ويكون هو فى تركه التفريغ بعد ذلك جانيا وكذلك

العلو اذا وهى فتقدم أهل السفل فيه الى أهل العلو وكذلك الحائط يكون أعلاه لرجل وأسفله لآخر والفرق بينهما اذا مال الحائط الى ملك انسان وبين ما اذا مال الي الطريق فى موضعين أحدهما التقدم اليه ها هنا لا يصح الا من المالك لانه أشغل بالحائط هواء ملكه بخلاف الاول والثانى ان صاحب الملك بعد ما تقدم اليه لو أخره أياما أو أبرأه من ذلك صح لانه يتصرف فى ملك نفسه بالاسقاط والتأخير وفى الطريق لوأخره الذى تقدم اليه فيه أو أبرأه هو أو غيره لم يصح ذلك لان الواحد ينوب عن العامة فى المطالبة بحقهم لا فى اسقاط حقهم وقد صحت المطالبة منه فلا معتبر باسقاطه بعد ذلك ولا بتأخيره واذا مال الحائط المشترك بين اثنين الى الطريق فتقدموا فيه الى أحدهما ثم سقط فأصاب انسانا فانما يضمن الذى تقدم اليه النصف من ذلك اذا كان الحائط هو الذى أصابه كله وكذلك العلو والسفل اذا وهيا أو مالا الى الطريق فتقدم الي أحدهما فيه وهذا على القياس والاستحسان الذى ذكرنا فى الورثة اذا مال حائط الرجل بعضه على الطريق وبعضه على دار قوم فتقدم اليه أهل الدار فيه فسقط ما فى الطريق منه فهو ضامن له وكذلك لو تقدم أهل الطريق اليه فسقط المائل الى الدار على أهل الدار فهو ضامن له لانه حائط واحد فاذا أشهد على بعضه فقد أشهد على جميعه واذا كان المتقدم اليه من أهل الدار فتقدمه اليه صحيح فى جميع الحائط فيما مال الى الدار باعتبار أنه المالك وفيما مال الى الطريق باعتبار انه واحد من الناس فاذا كان الذى تقدم اليه من غير أهل الدار فتقدمه صحيح فيما مال منه الى الطريق فاذا صح فى بعضه صح فى كله واذا وهى بعض الحائط وما بقي منه صحيح غير واه فتقدم اليه فيه فسقط ما وهى وما لم يه فقتل انسانا فهو ضامن له لانه حائط واحد فاذا وهى بعضه وهى كله الا أن يكون حائطا طويلا بحيث لو وهى بعضه لم يه مابقى منه وتفرق ذلك فحينئذ يضمن ما أصاب الواهى منه ولا يضمن ما أصاب الذى لم يه منه لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة حائطين والتقدم اليه انما يصح فى الحائط المائل أو الواهى دون الحائط الصحيح فاذا أصاب الذي لم يه منه شيأ لم يكن به عليه ضمان لانه لم تتوجه عليه المطالبة بالهدم فيه قال واذا كان سفل الحائط لرجل وعلوه لآخر وقد وهى فتقدم فيه اليهما ثم سقط العلو فقتل انسانا فالضمان على صاحب العلو لان العلو غير مدفوع بالسفل ولكنه ساقط بنفسه وقد صح التقدم فيه الي صاحبه فيجعل صاحبه كالمتلف لما سقط عليه العلو قال واذا استأجر الرجل اجراء

يهدمون له حائطا فقتل الهدم من فعلهم رجلا منهم أو من غيرهم فالضمان عليهم والكفارة دون رب الدار لانهم مباشرون اتلاف من سقط عليه شيء من أيديهم فى حالة العمل واذا تقدم الى المشترى للدار فى حائط منها مائل وهو فى خيار الشراء ثلاثة أيام ثم رد الدار بالخيار بطل الاشهاد لانه أزال الملك بفسخ البيع فكانه أزاله بالبيع ولو استوجب البيع لم يبطل الاشهاد لان التقدم اليه حين تقدم صحيح امالانه مالك أو لانه متمكن من هدم الحائط وقد تقرر ذلك باسقاط الخيار ولو كان أشهد على البائع فى تلك الحالة لم يضمن لان البائع غير متمكن من هدم الحائط بعد ماأوجبنا البيع فيه مطلقا ولو كان الخيار للبائع فتقدم اليه فيه فان نقض البيع فالاشهاد صحيح لانه كان مالكا متمكنا من نقض الحائط وقد تقرر ذلك حين فسخ البيع وان أوجبه بطل الاشهاد لانه زال الحائط عن ملكه ولو تقدم الى المشترى فى تلك الحالة لم يصح التقدم لانه ماكان متمكنا من هدم الحائط يومئذ حتى ان البائع وان أوجب له البيع لم يكن على واحد منهما فيه ضمان ولو تقدم الى رجل فى حائط مائل له عليه جناح شارع قد أشرعه الذى باع الدار فسقط الحائط والجناح فان كان الحائط هو الذى طرح الجناح كان صاحب الحائط ضامنا لما أصاب ذلك لان الجناح مدفوع ها هنا والحائط بمنزلة الدافع له وقد صح التقدم في الحائط الى صاحبه ولو كان الجناح هو الساقط وحده كان الضمان على البائع الذى أشرعه لان البائع كان متعديا فى وضع الجناح وشغل هواء الطريق به والجناح الآن هو الساقط مقصودا فكان ضمان ماتلف به على الذى وضع الجناح والله أعلم بالصواب

باب البئر وما يحدث منها

(قال رحمه الله) واذا احتفر الرجل بئرا فى طريق المسلمين فى غير فنائه فوقع فيها حرا وعبد فمات فضمان ذلك على عاقلة الحافر لحديث شريح فان عمرو بن الحارث حفر بئرا عند درب اسامة فوقعت فيها بغلة فضمنه شريح قيمتها وكان قضاؤه بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك ولان الحافر بمنزلة الدافع للواقع فى مهواة فانه بفعله ازال المسكة عن الارض والآدمى لايستمسك الا بمسكة فازالة ما به كان مستمسكا ايجاد شرط الوقوع والحكم يضاف الى الشرط مجازا عند تعذر اضافته الى السبب والسبب هاهنا ثقل الماشى في

نفسه ولا يمكن اضافة الحكم اليه اذ لاصنع لاحد من العباد فيه فيصير مضافا الى الشرط ولان الحافر سبب لوقوعه وهو متعد فى هذا السبب لانه أحدث فى الطريق مايتضرر به المارة ويخرج به ذلك الموضع من أن يكون ممرا لهم ثم الضمان على عاقلته لانه دون المخطئ وفعل المخطئ اتصل بالمتلف وفعل الحافر اتصل بالارض فما يجب على العاقلة من فعل المخطئ يجب على العاقلة ها هنا بطريق الاولى ولا كفارة عليه عندنا لمابينا انه ليس بقاتل مباشرة وقد يكون الحافر مبنيا على وقوع الواقع فى البئر فلا تلزمه الكفارة فى ذلك وفى ظاهر الرواية أوجب الضمان على الحافر مطلقا وقال في النوادر هذا اذا مات من وقوعه فى البئر فان سلم من ذلك فمات جوعا أو غما فلا شئ على الحافر فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها فأبو حنيفة يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحافر اذاهلك بسبب الوقوع فيجعل الحافر كالدافع له فاما اذا طرأ عليه سبب آخر لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه أو الغم الذى أثر فى قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه وأبو يوسف لما سبب للغم سوى الوقوع فى البئر فاما الجوع فله سبب آخر وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حتى لم يبق فيها شئ من مواد الطعام ومحمد يقول كل ذلك انما حدث بسبب الوقوع فى البئر لولاه لكان الطعام قريبا منه والحافر متعد فى ذلك السبب والحكم تارة يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة فكذلك يضاف الى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة فان كان استأجر عليها اجراء لحفروها له فذلك على المستأجر ولاشئ على الآجر ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه لان عمرو بن الحرث كان من جملة الرؤساء ومعلوم أنه ما باشر الحفر بنفسه وانما استأجر الاجراء لذلك ثم ضمنه شريح وهذا لان الاجراء يعملون له ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صاروا مغرورين من جهته حين لم يعلمهم ان ذلك الموضع ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على أمره وعلى أن ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور انتقل فعلهم الى الآمر فيصير كانه حفر بنفسه وان كانوا يعلمون أنها من غير فنائه فالضمان عليهم لانهم جناة فى الحفر وأمره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا لانه غير مالك للحفر بنفسه فى هذا الموضع وانما يعتبر أمره لاثبات صفة الحل به ولدفع الغرور عن الحافر به وقد انعدما جميعا فى هذا الموضع فسقط اعتبار أمره فكان الضمان على الذين باشروا الحفر وان كان فى فنائه فهو على الآمر دون الاجراء علموا أولم

يعلموا لان أمره في فنائه معتبر فان عند أبي يوسف ومحمد له أن يحفر في فنائه اذا كان لا يضر بالمارة وليس لاحد أن يمنعه من ذلك وعند أبي حنيفة يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه مالم يمنعه مانع وهذا لان الفناء اسم لموضع اختص صاحب الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وايقاف الدواب والقاء الكناسة فيه فكان أمره معتبرا في الحل وانتقل فعل الآمر اليه بهذا الامر فيصير كانه فعل ذلك بنفسه وان سقطت فيه دابة فعطبت فضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل المال وانما تعقل العاقلة النفوس من الاحرار والمماليك بدليل حالة الخطأ واذا وقع فيها انسان متعمدا للسقوط فيها فلا ضمان علي الحافر لانه أوقع نفسه فيها ولو أوقعه غيره لم يكن على الحافر شيء وهذا لان وضعه القدم على ذلك الموضع مع علمه تعمد منه ومباشرة فعل القاء النفس في المهلكه وانما يضاف الحكم الى الشرط اذا تعذر اضافته الى السبب فأما مع امكان الاضافة الى السبب فلا يضاف الى الشرط قال واذا استأجر الرجل أربعة رهط يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فقتلت واحدا منهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقين ربع ديته وسقط الربع وكذلك لو كانوا أعوانا له لانه انما سقط عليهم ماسقط بفعلهم فكانوا مباشرين لسبب الاتلاف والقتيل أحد المباشرين فتوزع الدية عليهم ويسقط منه حصة القتيل بجنايته على نفسه ويبقى حصة الثلاثة بجنايتهم عليه والاصل فيه ماروى ان عشرة نفر مدوا الحلة فسقطت علي أحدهم فقتلته فقضى على رضى الله عنه على كل واحد من التسعة بعشر الدية وأسقط العشر حصة المقتول وعن الشعبي أن عليا رضى الله عنه قضى في القارصة والواقصة والقامصة بالدية أثلاثا وتفسير ذلك ان ثلاث جوار كن يلعبن فركبت احداهن صاحبتها فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت المركوبة ووقعت الراكبة فاندقت عنقها فقضى علي رضى الله عنه بثلث الدية على القارصة وبالثلث علي القامصة واسقط الثلث حصة الواقصة وان كان الذى يحفر بئرا في فنائه فضمان مايقع فيها علي الحافر ولو كان في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد يدفع به أو يفدى ولم يفصل هاهنا بين أن يكون العبد عالما بذلك أو غير عالم بخلاف الحر والفرق هناك لمعنى الغرور ولا غرور بين العبد وسيده فان قرار الضمان في الفصلين علي السيد فلهذا جعل فعل عبده بامره كفعله بنفسه واذا حفر بئرا في الطريق ثم جاء آخر فحفر منها طائفة في أسفلها ثم وقع فيها انسان فمات فانه ينبغي في القياس أن يضمن الاول كانه الدافع وبه يأخذ محمد لان الاول بما حفر من وجه الارض يصير كالدافع لمن سقط في

القعر الذى حفره صاحبه ولم يبين جواب الاستحسان فيه والاستحسان الضمان عليهما لان هلاكه كان بسبب فعلهما فان الواقع فى البئر انما يهلك عند عمق البئر واتمام ذلك بفعل الثانى وقد انضم فعله الى فعل الاول فى اتمام شرط الاتلاف فيكون الضمان عليهما ولكنه أخذ بالقياس لان وجه القياس أقوي فان التعدى فى التسبيب من حين ازالة المسكة عن وجه الارض واخراج ذلك الموضع من أن يكون ممرا وانما حصل ذلك بفعل الاول ولو وسع أحد رأسها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان عليهما نصفين وتأويل هذا أن الثانى وسع ورأسها قليلا على وجه يعلم ان الساقط انما وضع قدمه فى موضع بعضه من حفر الاول بعضه من فعل الثانى فاما اذا وسع رأسها كثيرا على وجه يعلم انه انما وضع قدمه فى الموضع الذى حفره الثانى فالضمان على الثانى لان الثانى كالدافع للواقع بما حفر فى البئر الذى حفرها الاول والضمان على الدافع وان علم أن الواقع انما وضع قدمه فيما حفر الاول خاصة فالضمان على الاول لانه هو الذى أوجد شرط وقوعه حين أزال المسكة عن الموضع الذى وضع فيه قدمه ولو حفر بئرا فى الطريق ثم سدها بطين أو تراب أو جص فجاء آخر فاحتفرها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان على الثانى لان الاول نسخ فعله لانه طمها بما تطم به الآبار فعاد ذلك الموضع أرضا كما كان وانما الثانى هو الحافر للبئر فى هذا الموضع ولو سد الاول رأسها واستوثق منها فجاء الآخر فنقض ذلك كان الضمان على الاول لان فعل الاول ما انتسخ فانها بئر وان سد رأسها الا أنه استتر بما فعل والثانى انما أظهر فعل الاول فيبقى الضمان على الاول وهذا لان مافعله الثانى من فتح رأس البئر غير موجب لهلاكه لولا البئر فى ذلك الموضع بخلاف الاول فما فعله الثانى هناك موجب هلاك الواقع فى البئر وان لم يوجد الفعل من الاول أصلا وكذلك اذا جعل فيها طعاما أو متاعا أو ما أشبه ذلك مما لا تسد به الآبار فجاء انسان واحتمل ذلك ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول لان حكم فعله لم ينسخ بما صنع فان ذلك الموضع بئر وان جعل فيها الطعام وفعل الاول كان حفر البئر وما بقي اسم البئر فى ذلك الموضع بقي حكم فعله فكان الضمان عليه ولو تعقل بحجر فسقط فى البئر كان الضمان على واضع الحجر لانه متعد فى احداث الحجر فى الطريق فيصير به كالدافع لمن وقع فى البئر بمنزلة ما لو دفعه بيده فان لم يكن وضع الحجر أحد فان كان شى آخر من شفير البئر أو جاء به سيل فالضمان علي حافر البئر لان التعقل بالحجر ها هنا غير صالح لاضافة الحكم اليه حين لم

يكن بصنع أحد من العباد فبقي الحكم مضافا الى البئر ولو وضع رجل فى هذه البئر حجرا أو حديدا فوقع فيها انسان فقتله الحجر أو الحديد كان الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع للواقع علي الحجر أو الحديد وانما يضاف الاتلاف الي الدافع واذا حفر انسان بئرا فى الطريق فوقع فيها رجل فقطعت يده ثم خرج منها فشجه رجلان فمرض من ذلك ثم مات فالدية عليهم أثلاثا لان ما حصل من الجراحة بالوقوع فى البئر مضاف الي الحافر فكانه فعل ذلك بيده والمعتبر عدد الجناة لاعدد الجنايات (ألا ترى) أنه لو قطع يديه رجلان وشجه رجل آخر فمات من ذلك كانت الدية عليهم أثلاثا وكذلك لو أن اللذين قطعا يديه شجه أحدهما شجة أخرى لان المعتبر عدد الجناة فقد يتلف المرء من جراحة واحدة ويسلم من عشر جراحات ولو كان أحدهم جرحه جرحين أو ثلاثة وجرحه الآخر جراحة صغيرة كانت الدية علي عدد الرجال ولا يكون على عظم الجراحة ولا علي صغرها ولا علي عدد جراحها لان كل جراحة علة تامة للاتلاف وبكثرة العلل فى حق الواحد لا يزداد معنى باضافة الحكم اليها واذا وقع الرجل فى بئر فى الطريق فتعلق بآخر وتعلق الآخر بآخر فوقعوا جميعا فماتوا ولم يقع بعضهم علي بعض فدية الاول علي الذى حفر البئر ودية الثانى على الاول المتعلق به ودية الثالث علي الثانى والحاصل ان المسئلة على وجهين * أحدهما ان يعلم انهم كيف ماتوا بان خرجوا من البئر أحياء واخبروا بذلك فنقول فى هذا الوجه موت الاول على سبعة أوجه أحدها أن يكون مات بوقوعه فى البئر فديته على عاقلة الحافر لانه كالدافع له فى مهواة والثانى أن يموت من وقوع الثانى عليه فدمه هدر لانه هو الذى جر الثانى علي نفسه فيكون متلفا نفسه والثالث أن يموت من وقوع الثالث عليه فتكون ديته علي الثانى لانه هو الذى جر الثالث والرابع أن يموت من وقوعه فى البئر ووقوع الثانى عليه فيجب نصف ديته عليه ويهدر نصفها لانه جنى على نفسه وجنى عليه الحافر والخامس أن يموت بوقوعه فى البئر ووقوع الثالث عليه فتكون ديته على الحافر وعلي الثانى نصفين لان الثانى جان عليه بجر الثالث والحافر جان بالحفر والسادس أن يموت من وقوع الثانى والثالث عليه فيهدر نصف دمه ويجب نصف ديته علي الثانى لانه جنى علي نفسه وجنى عليه الثانى والسابع أن يموت من وقوعه فى البئر ومن وقوع الثانى والثالث عليه فيجب ثلث ديته على الحافر وثلثها على الثانى بجر الثالث عليه ويهدر ثلثها لانه بجنايته علي نفسه بجره الثانى عليه وأما الثانى فلموته وجوه ثلاثة أحدها أن يكون مات بسبب الوقوع فتكون ديته علي

عاقلة الاول لانه هو الذى جره الي مهواة فيكون بمنزلة الدافع له والثاني أن يموت من وقوع
الثالث عليه فيكون دمه هدرا لانه هو الذى جر الثالث علي نفسه والثالث أن يموت من
الوقوع فى البئر ووقوع الثالث عليه فيجب نصف ديته على الاول ويهدر نصف ديته بجنايته
على نفسه وأما الثالث فلموته سبب واحد وهو أن يموت بوقوعه فى البئر فتكون ديته علي
عاقلة الثانى لانه هو الذى جره فى مهواة * وأما الوجه الثانى وهو انه اذا ماتوا فى البئر ولا يعلم
كيف ماتوا فان لم يقع بعضهم علي بعض فدية الاول على الذى احتفر البئر لانه لا سبب
لموته سوى الوقوع فى البئر والاول هو الذى أوقعه حين جره الى مهواة وان وجد بعضهم علي
بعض موتى ولا يعلم كيف كان حالهم فالقياس وهو قول محمد ان صاحب البئر يضمن الاول
ويضمن الاول الثانى ويضمن الثانى الثالث علي عواقلهم لان وقوع الاول فى البئر سبب لهلاكه
وهو أسبق الاسباب وقد ظهر الحكم عقيبه فيكون مضافا اليه ولا يعتبر احتمال موته من
وقوع الثانى أو الثالث عليه لان هذا الاحتمال ترجح بالسبق والسابق وقوعه فى البئر وكذلك
فى حق الثانى أسبق الاسباب الوقوع فى البئر وهو مضاف الى الاول وفى حق الثالث
لا سبب لموته سوى الوقوع فى البئر وهو مضاف الى الاول فضمانه علي الثانى وقال وفيها
قول آخر ولم يبين من قائل هذا القول وقيل هو قول أبي يوسف وقيل هو قول أبي حنيفة
أيضا ان دية الاول أثلاث فثلثها علي الحافر وثلثها على الثانى وثلثها هدر لانه ظهر بموته أسباب
ثلاثة وقوعه فى البئر ووقوع الثانى والثالث عليه وليست الاضافة الي البعض باولي من البعض
فالترجيح فى هذا لا يقع بالسبق كما فى الجراحات فيكون ثلث ديته على الحافر وثلثه علي الثانى
لانه جر الثالث اليه وثلثه هدر لانه هو الذى جر الثانى عليه ودية الثانى نصفين نصفه هدر
ونصفه علي الاول لانه ظهر لموته سببان فيضاف اليهما ودية الثالث على الثانى كلها لانه لا سبب
لموته سوى جر الثانى اياه الى نفسه قال فاذا لم يعرف من أى ذلك ماتوا يبطل نصف ذلك
ويؤخذ بالنصف قيل ليس مراده حقيقة المناصفة بل مراده التبعيض والانقسام فى حق
الاول أثلاثا فان كان مراده المناصفة فانما أراد به فى حق الثانى خاصة لانه لاشك ان جميع
دية الثالث واجب علي الثانى فى الاحوال كلها قال فى الزوائد وبهذا القول نأخذ واذا دفع
رجل رجلا فى بئر فى ملكه أو فى الطريق فالضمان على الدافع لانه مباشر لاتلافه ومباشرة

القتل لا تختلف في الملك وغير الملك كالدم واذا سقط الرجل فى بئر فى الطريق فقال الحافر ألقى نفسه فيها عمدا وقال ورثة الرجل كذب فالقول قول الحافر وهذا قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وكان يقول أولا القول قول الورثة لان الظاهر يشهد لهم فالانسان لا يلقى نفسه فى البئر عمدا فى العادة فعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ثم رجع فقال الضمان بالشك لا يجب والظاهر انما يكون حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الورثة هاهنا الى الاستحقاق وهو استحقاق الدية على عاقلة الحافر فلا يكفيهم الظاهر لذلك بل يحتاجون الى اقامة البينة على انه وقع فيها بغير عمد وهذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وهو ان الظاهر ان البصير يرى البئر امامه فى ممشاه فيتقابل الظاهران ويبقى الاحتمال في سبب وجوب الضمان فلا نوجبه بالشك واذا أمر المولى عبده أن يحفر بئرا فى الطريق ليس عند داره فحفرها كان ما وقع فيها فى رقبة العبد يدفعه به المولي أو يفديه وقد بينا الفرق بين هذا وبين الحر من حيث ان الغرور لا يتمكن بين المولى وبين عبده ولو استأجر عبدا محجورا عليه وحرا ومكاتبا يحفرون له بئرا فحفروها فوقعت عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر فى الحر والمكاتب وهو ضامن لقيمة العبد المحجور عليه يؤديها الى مولاه لانه صار غاصبا للعبد بالاستعمال والعبد المحجور يضمن بالغصب بخلاف الحر والمكاتب فهو ضامن فاذا ماتوا فى حالة ما كان مستعملا لهم كان عليه ضمان قيمة العبد ثم هذه القيمة بدل عن العبد والعبد الجانى اذا أخلف بدلا يتعلق حق أولياء الجناية بذلك البدل فنقول فى بيان حكم الجناية ان موتهم حصل من فعلهم فكل واحد منهم يكون جانيا على نفسه وعلى صاحبه فينقسم فعل كل واحد منهم أثلاثا فالعبد المحجور أتلف ثلث الحر فيرجع وليه بثلث دية الحر فى قيمة العبد وأتلف ثلث المكاتب فيرجع ولي المكاتب بثلث قيمة المكاتب فى تلك القيمة فيقسمون القيمة التى أخذها مولاه على ذلك الا أن تكون القيمة أكثر فيكون الفضل للمولي لان كل واحد منهما استوفى كمال حقه ثم يرجع المولي علي المستأجر بما أخذوا منه من القيمة لانه كان غصب العبد فارغا وقد رد عليه القيمة مشغولا بجناية كانت من العبد فى يده فاذا استحقت بذلك الشغل كان له أن يرجع بها مرة أخرى لتسلم له قيمة عبده فارغا ثم المستأجر قد ملك العبد حين تقرر عليه ضمانه من وقت الغصب وقد تلف ثلث نفسه بجنايته على نفسه فيكون هدرا وثلثه بجناية الحر عليه فيرجع المستأجر علي عاقلة الحر بثلث قيمة العبد وكذلك أولياء

المكاتب يرجعون على عاقلة الحر بثلث قيمة المكاتب لان ثلث نفسه تلف بجناية الحر فيجمع ما أخذ أولياء المكاتب الي ما تركه فينظر قيمته من ذلك فيقرر فيخرج ويضرب فيها أولياء الحر بثلث دية الحر والمستأجر بثلث قيمه العبد لان المكاتب جنى على ثلث الحر وعلي ثلث العبد ولكن جناية المكاتب توجب عليه الاقل من قيمة نفسه ومن الارش فاذا كانت قيمة نفسه أقل كان المستوفى من تركته قيمته يضرب كل واحد منهما فيها بجميع حقه ولو استأجر حرا وعبدا يحفران له بئرا فوقعت عليهما فماتا وللعبد موليان قد أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ضمان على المستأجر فى الحر ولا فى نصيب الآذن من العبد وهو ضامن لنصف قيمة العبد نصيب الذى لم يأذن له لان الغصب بالاستعمال انما يتحقق فى هذا النصف ثم يرجع فيه ورثة الحر بربع دية الحر لان العبد كله متلف لنصف الحر فان موت كل واحد منهما حصل بفعلهما جميعا فهذا النصف من العبد انما جنى على ربع الحر وقد مات وأخلف بدلا فترجع ورثة الحر فى ذلك البدل بربع دية الحر ويرجع المولى الذى لم يأذن له بما أخذ منه من ذلك النصف علي المستأجر لانه أعطاه نصف القيمة مشغولا فاذا استحق بذلك بشغل صار كانه لم يعطه شيأ فرجع به مرة أخرى ليسلم له نصف قيمة العبد فارغا ثم المستأجر قد ملك هذا النصف بالضمان وقد تلف نصف هذا النصف بجناية الحر فيرجع المستأجر علي عاقلة الحر بربع قيمة العبد فيسلم له ذلك ويرجع الآذن للعبد على عاقلته الحر بربع قيمة العبد ثم هذا النصف من العبد كان جني على ربع الحر وقد فات وأخلف بدلا فيرجع ورثة الحر فى ذلك الربع بربع دية الحر ولو كان العبد مأذونا له فى التجارة كان على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان معنى الغصب هاهنا قد انعدم وانما يبقي حكم الجناية وقد جنى كل واحد منهما على نصف صاحبه فيكون على عاقلة الحر نصف قيمة العبد ثم يرجع بذلك ورثة الحر على مولي العبد فيأخذونه بنصف الدية فان العبد قد جنى على نصف الحر وقد فات وأخلف هذا البدل ولا شئ على المستأجر لانه كان يضمن فيما سبق باعتبار الغصب وقد انعدم ذلك حين كان العبد مأذونا له ولو استأجر عبدين أحدهما مأذون له والآخر محجور عليه لحفرا بئرا فوقعت عليهما فماتا فان المستأجر يضمن قيمة المحجور عليه لمواليه لانه غاصب له باستعماله ثم يرجع مولي المأذون له بنصف قيمته فى تلك القيمة لان المحجور كان جنى على نصف المأذون وقد مات وأخلف قيمة فيرجع مولي المأذون فى تلك القيمة بنصف قيمة المأذون ثم يضمن المستأجر لمولي المحجور عليه ما أخذ منه فى ذلك لان

لان المأخوذ استحق بسبب الجناية التى كانت من العبد فى يده ثم المستأجر ملك العبد المحجور عليه بالضمان وقد جنى المأذون علي نصفه ثم مات المأذون وأخلف نصف القيمة فيرجع المستأجر عليه بنصف قيمة المحجور عليه فيما أخذه مولى المأذون حتى يسلم له نصف قيمة المحجور عليه واذا احتفر الرجل بئرا فى دار لا يملكها بغير اذن أهلها فهو ضامن لما وقع فيها لانه متعد بالحفر فى ملك الغير كما هو متعد بالحفر فى الطريق فان أقر رب الدار انه أمره بذلك لم يصدق فى القياس لان الضمان قد وجب علي عاقلة الحر وهو بقوله يريد اسقاط ذلك الضمان ولا ولاية له على أولياء المقتول فى اسقاط حقهم وفى الاستحسان القول قوله ولا ضمان علي أحد لان رب الدار أقر بما يملك انشاءه فانه لو أذن له بالحفر الآن فى ملكه صح اذنه ومن أقر بما يملك انشاءه يكون مصدقا فى ذلك فكان الثابت من الاذن باقراره كالثابت بالبينة والحافر يخرج به من أن يكون متعديا فاذا احتفر الرجل بئرا في طريق مكة أو فى غير ذلك من الفيافى فلا ضمان عليه فى ذلك لانه غير متعد بالحفر فى ذلك الموضع اذ لا يتضرر به أحد ولهذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يملك بالحفر موضع بئره وماحوله من الحريم وعند أبى حنيفة رحمه الله كذلك اذا كان حفر باذن الامام فعرفنا انه غير متعد فى هذا الحفر فهو كالحافر فى ملكه (ألا ترى) انه لوضرب هناك فسطاطا أو اتخذ تنورا يخبز فيه أوربط هناك دابته لم يضمن ماأصاب من ذلك بمنزلة مالو فعله فى ملكه وهذا اذا كان فى غير المحجة فاما اذا احتفر فى محجة الطريق فهو ضامن لما يقع فيه لان الحق فى ذلك الموضع للعامة فالتصرف فيه بمنزلة التصرف فى الامصار والله أعلم

باب النهر

(قال رحمه الله) واذا احتفر الرجل نهرا فى ملكه أو جعل عليه جسرا أو قنطرة فى أرضه فعطب به انسان فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيما أحدثه فى ملكه والمسبب اذا لم يكن متعديا لايكون ضامنا واذا حفر البئر فى أرض غيره فهو بمنزلة البئر فيكون ضامنا لكونه متعديا فى السبب وكذلك لو جعل عليه جسرا أو قنطرة فى غير ملكه والجسر اسم لما يوضع ويرفع فلايرجع والقنطرة مايحكم بناؤه وعن أبي يوسف انه لايكون ضامنا فى هذا وان أحدثه فى غير ملكه اذا كان بحيث لايتضرر به غيره لانه محتسب فيما صنع فان الناس ينتفعون بما أحدثه

فلا يكون هو متعديا فيه ولكنا نقول انما يكون محتسبا اذا جعله باذن الامام بمنزلة حفر البئر فانه محتسب فيه أيضا فى الموضع الذى يحتاج اليه الناس ومع ذلك اذا فعله بغير اذن الامام كان ضامنا لما يعطب به فان مشى علي جسره انسان متعمدا لذلك فانخسف به فلا ضمان عليه لان هذا تعمد المشي عليه فيعتبر وقوعه مضافا الى فعله لاالى تسبب من اتخذ الجسر ولو حفر نهرا فى غير ملكه فانشق من ذلك النهر ماء فغرّق أرضا أو قرية كان ضامنا لذلك لانه أسال الماء فى غير ملكه فاما أن يقال هو متعد فيه أو يقال هو مباح له ولكنه مقيد بشرط السلامة والتلف بهذا مما يمكن التحرز عنه فكان ضامنا كالمشى والسير علي الدابة فى الطريق ولو كان فى ملكه لم يضمن شيأ لان ذلك مباح له مطلق وكذلك لو سقى أرضه فخرج الماء منها الى غيرها لم يضمن لان سقى أرضه تصرف فى ملكه وذلك مباح له مطلقا وكذلك لوأحرق حشيشا في أرضه أوحصائدأوأجمة فخرجت النار الي أرض غيره وأحرقت شيأ فلا ضمان عليه لان هذا التصرف فى ملكه مباح له مطلقا قال بعض المتأخرين هذا اذا كانت الرياح سا كنة حين أوقد النار فأما اذا كان اليوم ريحا على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار الى أرض جاره فهو ضامن استحسانا بمنزلة من صب الماء فى ميزاب له وتحت الميزاب متاع لانسان يفسد به قال هو ضامن فكذلك النار يوقدها الرجل فى داره أو تنوره فلا ضمان عليه فيما احترق لان هذا التصرف فى ملكه مباح له مطلقا وكذلك لو حفر نهرا أو بئرا فى داره فنزت من ذلك أرض جاره لم يضمن بهذا السبب شيأ ولا يؤمر بان يحول ذلك عن موضعه لانه أحدثه فى ملكه الا انه بقى فيما بينه وبين ربه ان يكف عما يؤذى جاره فأما الحكم فانه لا يؤمر أن يحوله الا أن يشاء ولو صب الماء فى ملكه فخرج من صبه ذلك الي ملك غيره فأفسده كان هذا والاول فى القياس سواء الا ان صب الماء فى ملكه مباح له مطلقا غير أن الاخذ بالقياس هاهنا يقبح لان الماء سيال بطبعه فاذا كان عند صب الماء يعلم انه يسيل الى ملك جاره يكون ضامنا لما يفسد به استحسانا (ألا ترى) انه لو صبه فى ميزاب له فأفسد متاعا له تحته يكون ضامنا ويعد ذلك من جنايته بمنزلة مباشرته بيده وكذلك الجواب فيما يشبهه والله أعلم

باب ما يحدث فى المسجد والسوق

(قال رحمه الله) واذا احتفر أهل المسجد فيه بئرا لماء المطر أو وضعوا فيه حبا فصب

فيه الماء أو طرحوا فيه بوارى أو حصى أو ركبوا فيه بابا أو علقوا فيه قناديل أو ظللوه فلا ضمان عليهم فيما عطب بذلك لان هذا النوع من التصرف مباح لاهل المسجد فى مسجدهم مطلقا فان حق التدبير فى المسجد فيما يرجع الى الاصلاح اليهم على الوجه الذى يكون للمالك فى ملكه فكما ان المالك لا يكون جانيا باحداث شيء من هذا فى ملكه فكذلك أهل المسجد فى مسجدهم وكذلك ان فعله غيرهم باذنهم لا يكون فعل المأذون من جهتهم كفعلهم وان فعل بغير أمرهم فهو ضامن فى قول أبى حنيفة وهو القياس وفى قول أبى يوسف ومحمد اذا كان مسجدا للعامة فلا ضمان عليه فيه استحسانا الا البناء والحفر وجه قولهما ان هذا مما يرجع الى اصلاح المسجد وعمارة المسجد مما ندب الله اليها كل مسلم قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله الآية ثم بتعليق القنديل وبسط الحصر يتمكن الناس من اقامة الصلاة فى المسجد وغير أهل المسجد سواء فى اقامة الصلاة فيه فكذلك فيما يرجع الى التمكن منه الا أن أهل المسجد أخص بالتدبير فهم فى ذلك كالملاك وغيرهم كالسكان نحو المستعير والمستأجر فى الدار ثم المستعير لا يكون جانيا فى وضع الامتعة وصب الماء ونصب القنديل فى الدار ويكون جانيا في البناء وحفر البئر بغير اذن صاحب الدار فكذلك غير أهل المسجد في المسجد وهذا لان المسجد معد للصلاة فيه والبناء والحفر يخرج ذلك الموضع من أن يكون مصلى فيكون ذلك من باب التدبير لا من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيختص به أهل المسجد دون غيرهم فيكون جانيا اذا فعله بغير أمرهم واذنهم فاما بسط الحصير ونصب القنديل فمن باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فغير أهل المسجد فيه كاهل المسجد وأبو حنيفة يقول اختص أهل المسجد بالتدبير فى هذه البقعة فغيرهم اذا أراد شيأ من ذلك يباح له فعله ولكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي والسير علي الدابة فى الطريق والدليل علي اختصاص أهل المسجد به أن التدبير فى فتح الباب واغلاقه ونصب الامام والمؤذن والمتولى يكون الى أهل المسجد دون غيرهم فانه لو وجد فى مسجدهم قتيل كان ذلك عليهم خاصة دون غيرهم والدليل عليه البناء والحفر فان أهل المسجد هم المختصون بذلك واذا فعله غيرهم وكان فيه اصلاح للمسجد كان مباحا لهم ولكنه مقيد بشرط السلامة ولا يبعد أن يكون المسلمون فيما هو المقصود وهو الصلاة فيه سواء ثم مع ذلك يختص أهله بالتدبير فيه كالكعبة فالناس فيما هو المقصود وهو الطواف سواء وقد اختص بنو شيبة بالتدبير فيها حتى ان النبي عليه الصلاة والسلام لما أخذ المفتاح منهم يوم الفتح نزل عليه الوحى يأمره بالرد قال الله

تعالي ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الي أهلها واذا قعد الرجل فى مسجد لحديث أو نام فيه فى غير صلاة أو مر فيه فهو ضامن لما أصاب كما يضمن فى الطريق الاعظم فى قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه فيه لانه لو كان مصليا فى هذه البقعة لم يضمن ما يعطب به فكذلك اذا كان جالسا فيه لغير الصلاة بمنزلة الجالس فى ملكه وهذا لان الاعتكاف فى المسجد قربة كالصلاة والمعتكف يتحدث وينام فى المسجد والجلوس لانتظار الصلاة مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة فى الصلاة مادام ينتظرها وندب رسول الله صلى الله عليه وسلم الي الجلوس فى المسجد بعد طلوع الفجر الى طلوع الشمس وبعد صلاة العصر الي غروب الشمس وكذلك الجلوس فى المسجد لتعليم العلم وتعلمه مندوب اليه فيكون ذلك مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يكون سببا لوجوب الضمان على الحر وأبو حنيفة يقول المسجد معد للصلاة والقعود والنوم فيه لغير الصلاة مقيد بشرط السلامة كالطريق فانه معد للمشى فيه فالجلوس أو النوم فيه وان كان لا يضر بالمارة يتقيد بشرط السلامة والدليل عليه أن من يجلس فى المسجد للصلاة اذا احتاج من يصلى فى ذلك الموضع الى ازعاجه ليصلى كان له ذلك شرعا وليس لغير المصلى أن يزعج المصلى عن مكانه فعرفنا انه معد للصلاة فيه فشغله بغير ذلك يتقيد بشرط السلامة وان كان ذلك مباحا أو مندوبا اليه ولا يكون هذا أقوى من الرمى الى الكافر أو العبد فانه مباح أو مندوب اليه ومع ذلك اذا أصاب مسلما كان ضامنا له ولا خلاف انه اذا مشي فى المسجد فأوطأ انسانا أو نام فيه فانقلب على انسان فهو ضامن له لاتلافه وبمثل هذا السبب يضمن فى ملكه ففى المسجد أولي واذا احتفر الرجل فى سوق العامة بئرا أو بنى فيها دكانا بغير أمر السلطان فهو ضامن لما عطب به من شئ لانه متعد فى هذا السبب فالحق بالطريق العامة وما يكون حقا لعامة المسلمين فالتدبير فيه الي الامام فاذا أحدثه بغير اذن الامام كان متعديا واذا فعله بامر السلطان لا يكون متعديا فى هذا التسبب فلا يكون ضامنا بمنزلة ما لو فعله بملكه واذا أوقف دابة فى السوق فما أصابت دابته فهو ضامن له ولانه متعد بايقافها فى الطريق فان ذلك يحول بين المارة والمرور فى ذلك الموضع وان كان موقفا تقف فيه الدواب للبيع وقد أذن له السلطان في ذلك فاوقف فيه الدابة لم يكن ضامنا فيما أصابت الدابة وان لم يكن السلطان أذن فيه فهو ضامن لان باذن السلطان يصير ذلك الموضع معدا لايقاف الدواب فيه فيكون ايقافها فيه بمنزلة ايقافها فى ملكه فاما

بدون اذن السلطان فهو ممر وليس بموضع لايقاف الدابة فاذا أوقف فيه دابته أو أرسلها فيه كان ضامنا لما تلف به وان لم يكن هو أوقفها ولا أرسلها فيه فلا ضمان عليه لانها دابة منفلتة فجرحها هدر والقول فى ذلك قوله مع يمينه مع انه ينكر وجوب الضمان عليه فى الموضع المعد لايقاف الدواب اذا سار على دابته فيه لم يكن ضامنا للنفحة بالرجل والذنب لان هذا جزء من الطريق كسائر أجزاء الطريق فالسير فيه يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن فاذا أنكر أن يكون أرسلها فهو ينكر وجوب الضمان عليه والمدعى يدعى ذلك فكان القول فيه قوله مع يمينه والله أعلم

باب جناية العبد

(قال رحمه الله) واذا جنى العبد جناية خطأ فولاه بالخيار ان شاء دفعه بها وان شاء فداه بالارش عندنا وعند الشافعى جنايته تكون دينا في رقبته يباع فيه الا أن يقضى المولى دينه ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال يخير المولى فى خطأ عبده بين الدفع والفداء ومذهبه مروى عن عمر وعلي رضى الله عنهما فانهما قالا عبيد الناس أموالهم وجناياتهم فى قيمهم وانما أراد بالقيمة الثمن وجه قوله ان هذا فعل موجب للضمان فاذا تحقق من العبد كان الضمان الواجب به دينا فى رقبته يباع فيه بمنزلة استهلاك الاموال وهذا لان العبد لاعاقلة له وضمان الجناية فى حق من لاعاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبا فى ذمة العبد ويكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه الا أن يقضى المولى دينه * وحجتنا فى ذلك أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانى اذا أمكن (ألا ترى) ان فى جناية العمد المستحق نفس الجانى قصاصا حرا أو عبدا فكذلك فى الخطأ الا أن استحقاق النفس نوعان أحدهما بطريق الاتلاف عقوبة والآخر بطريق التملك على وجه الجبر ان والحر من أهل أن يستحق فيه بطريق العقوبة لا بطريق التمليك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر فى حالة العمد ويكون مفارقا له فى حالة الخطأ لان عذر الخطأ لا يمنع استحقاق نفسه تمليكا والسبب يوجب الحكم فى محله وفى حق الحر لم يصادف محله وفى حق العبد السبب صادف محله فيكون مقيدا حكمه وهو ان نفسه صارت مستحقة للمجنى عليه تمليكا ليتحقق معنى الصيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لا مقصود المجنى عليه يحصل به وبدل المتلف يصل

اليه بكماله بخلاف اتلاف المال فالمستحق به بدل المتلف دينا فى ذمة المتلف ولا يستحق به بدل المتلف دينا فى ذمة المتلف ولا يستحق به نفس المتلف بحال والطريق الثانى ان موجب جناية الخطأ يتباعد عن الجانى لكونه معذورا فى ذلك ويكون الخطأ موضوعا شرعا ويتعلق باقرب الناس لاظهار صيانة المحل المحترم والتخفيف على المخطئ (ألا ترى) ان فى حق الحر تجب على عاقلته لهذا المعنى فكذلك في حق العبد الا أن عاقلة العبد مولاه لان الحر مستنصر بعاقلته ومزاد قوة وجرأة بهم كما أن المملوك يستنصر بمولاه فيجب ضمان جنايته علي المولى الا أن للمولى أن يقول انما لحقنى هذا البلاء بسبب ملكى فيه فلى ان أتخلص عنه بنقل ملكى فيه الى المجنى عليه فأدفعه بالجناية فاذا دفعه صار كان المجني عليه هو المالك فلا يجب شئ آخر عليه بالجناية واذا لم يدفعه كان الرد عليه بخلاف ضمان المال فانه يجب فى ذمة المتلف ولا يخاطب غيره كما فى حق الحر اذا عرفنا هذا فنقول لا شئ على المولى فى ذلك حتى يظهر حال المجنى عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا أن هذا يتأتى فى جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدم السراية فلا يصير ذلك معلوما قبل الاستيفاء والقضاء بالمجهول غير ممكن ثم الواجب ها هنا الدفع أو الفداء والمولى يخير فى ذلك واختلافه بالبرء والسراية والخطأ والعمد فى ذلك سواء مالم يبلغ النفس لما بينا أنه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيكون موجب جنايته فيما دون النفس المال بكل حال فلهذا كان العمد والخطأ فيه سواء فاذا بلغ النفس وهو عمد ففيه القصاص ووجوب القصاص باعتبار انه نفس مخاطبة والمملوك فى ذلك كالحر والمستحق بالقصاص دمه والمملوك فى حكم الدم مبقي علي الحرية ولهذا استحق المولى عليه القصاص اذا تقرر سببه كما يستحق غيره والصغير من الجراحات فى ذلك والكبير سواء على الحر والمملوك والذكر والانثى بمنزلة الموجود من الحر فكما أن هناك لا يتلف موجب الجناية بهذه الاسباب فكذلك بجناية العبد ولا تعقل العاقلة شيأ من جناية العبد والمدبر وأم الولد لان المستحق بالجناية نفسه ونفسه غير مملوكة للعاقلة والمولى ولان المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل غير العاقلة عواقلهم فكذلك لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه بل سبب وجوب ذلك على المولى ملكه رقبته وكسبه وهو مختص بذلك دون عواقله ولهذا لم يكن علي المولى موجب جناية المكاتب لانه لا يملك كسبه بل المكاتب أحق بمكاسبه فيكون موجب جنايته عليه دون مولاه والمستسعي فى بعض قيمته

عند أبي حنيفة كالمكاتب فاما جناية العبد علي الحيوان والعروض فتكون دينا في عنقه تقضي من كسبه أو يباع فيها وكذلك لو وطئ امرأة مكرهة فذلك دين في عنقه يباع فيه لان المستوفى بالوطء مما يملك بالعقد سواء كان فى حكم المنفعة أو فى حكم العين فيكون بمنزلة المال (ألا ترى) انه لو كان التزم بذلك حرا كان عليه فى ماله دون عواقله بان وطئ امرأة بشبهة أو مستكرهة وسقط الحد للشبهة فكذلك العبد اذا فعل ذلك يكون دينا فى ذمته والدين عليه يكون شاغلا لمالية رقبته ولا تعقل العاقلة كما لو جنى على المماليك خطأ فيما دون النفس وان كان الجانى حرا لان المملوك فيما دون النفس بمنزلة المال (ألا ترى) انه لا يتعلق به القصاص بحال لان فيما دون النفس المتلف جزء من الجسم والجسم يدخل تحت القهر والاستيلاء فيصير مملوكا مالا فيكون اتلافه فى حكم اتلاف المال فيجب فيه الضمان على المتلف بالغا ما بلغ ويكون ذلك حالا فى ماله ولا تعقله العاقلة بمنزلة اتلاف سائر الاموال فاذا بلغ النفس عقلته العاقلة في ثلاث سنين كما هو أصله وقد اعتبره فى حكم القصاص على ما بينا وقد روى عن أبى يوسف ومحمد ان العاقلة لا تعقل نفس العبد وهو قول ابن أبى ليلى واستدل فيه بقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لان العبد محل للتملك بالعقد فما يجب من الضمان باتلافه يكون على المتلف فى ماله كسائر الاموال * وحجتنا فى ذلك القيمة الواجبة باتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة باتلاف نفس الحر وذلك على العاقلة مؤجلا فى ثلاث سنين فهذا مثله وهذا لان معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة الحر (ألا ترى) انه يتعلق القصاص بقتله عمدا كما يتعلق بقتل الحر وكذلك الكفارة فى الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة فى ضمان الاموال فعرفنا ان المال واجب هاهنا بالنص بخلاف القياس لان المال لا يكون مثلا لما ليس بمال وما لا يكون مملوكا من الآدمى لا يكون مالا وانما وجوب المال بقوله ودية مسلمة الى أهله الا أن هذه الدية فى حق العبد القيمة وفى حق الحر مائة من الابل كما بينه الشرع والدية تجب على العاقلة مؤجلة فى ثلاث سنين فى حالة الخطأ وبهذا المعنى خالف النفس مادون النفس لان مادون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الاحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد على نفس العبد وبه نقول ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته قلت قيمته أو كثرت غير انها لا تزاد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف الا عشرة دراهم اذا كان العبد كبير القيمة فى قول علمائنا رحمهم

وفى قول الشافعى تجب قيمته بالغة مابلغت وهو قول أبي يوسف الذى رجع اليه وان كان المقتول أمة فانها لا تزاد قيمتها على خمسة آلاف وينقص من ذلك عشرة دراهم فى الروايتين وفى بعض الروايات خمسة دراهم فأما فى قطع طرف العبد فيجب نصف قيمته بالغة مابلغت فى الصحيح من الجواب الا رواية عن محمد أنه يجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف الا خمسة ذكره فى بعض نسخ الوكالة وجه قول الشافعى ماروي عن عمر وعلي وابن عمر رضى الله عنهم انهم أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة مابلغت ولان المتلف مال فيجب ضمان قيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال وهذا لان ضمان المال يجب بطريق الجبران وانما يحصل الجبران بما يكون مثلا له فى صفة المالية ولهذا يضمن المملوك عند الغصب بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال فكذلك عند القتل وانما قلنا انه مال لان الضمان يجب للمولى وملكه فى عبده ملك مال والضمان الواجب له يكون ضمان المال اذا أمكن ولا يدخل عليه القصاص فى حالة العمد لان على هذا الطريق يقول القصاص يكون بدلا عن المالية أيضا الا أن المالية ترقب بهذا المحل فتصير مضمونة بالنقصان وان لم يكن المال فى غير هذا المحل مضمونا بالقصاص بمنزلة الصيد فى الحرم يكون مضمونا باعتبار حرمة المحل بما لا يضمن به فى غير هذا المحل وهذا لان القصاص يعتمد العمد والتكافؤ وذلك تمكن مراعاته فى هذا المال دون سائر الاموال فكان هذا المال مضمونا بالقصاص دون سائر الاموال والدليل عليه انه يرجع الى تقويم المقومين فى الاسواق ليوجب به حين ينفذ السوق وهذا يختص بضمان الاموال فاما فى غير الاموال فانما تجب الابل ولا مدخل للابل ها هنا والدليل عليه أنه باختلاف أوصاف المتلف فى الجنس والجمال والمالية تختلف هذه الاوصاف فانه ينقص عن الدية نقصانا غير معتبر فعرفنا انه ضمان مال أو يكون المتلف عبد فتجب قيمته بالغة مابلغت كما لو كان قليل القيمة وهذا لان فى العبد معنيين معنى النفسية والمالية فيكون الواجب بدلا عن المالية والدليل على ترجيح معنى المالية صيرورته محلا قابلا للتصرفات كسائر الاموال وخروجه من أن يكون أهلا للولايات التى اختصت بها النفوس المحترمة على انا نعتبر كلا الوصفين فنقول متى كان الواجب باتلافه ماليس بمال وهو القصاص يترجح معنى النفسية ولهذا لا يختلف بقلة المالية وكثرة المالية وهذا لان ضمان المال بالمال أصل وضمان ماليس بمال يكون على خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس فلا معنى للمصير الى ايجابه بخلاف القياس

والدليل عليه ان المبيع قبل القبض اذا قبض فالبيع يبقى ببقاء القيمة وانما يبقى البيع اذا فات المعقود عليه وأخلف فلو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقى العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية والراهن اذا قتل المرهون يضمن قيمته بحق المرتهن ولا حق للمرتهن الا فى المالية ولهذا لا يجب عليه القصاص بحال لان القصاص بدل عن النفسية فلو كانت القيمة كذلك لما وجب على الراهن أن يجمع بينهما فى الاعتبار فنقول اذا كان العبد كبير القيمة يجب مقدار الدية لاعتبار معنى النفسيه وما زاد على ذلك الى تمام القيمة لاعتبار معنى المالية بمنزلة من قتل حرا ومزق عليه ثيابه وهذا مروي عن أبي يوسف فقد روى ابن سماعة رحمه الله عنه أن مقدار الدية من قيمة العبد تتحمله العاقلة وما زاد على ذلك الي تمام القيمة يكون في مال الجانى لهذا المعنى *وحجتنا في ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لا تبلغ قيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها التوقيف والسماع من صاحب الوحى والمعنى فيه ان هذا ضمان وجب بقتل الآدمى فلا يزاد على الديات كما لو وجب بقتل الحر وهذا لان زيادة البدل تكون بزيادة الفضيلة وما من فضل فى العبيد الا ويوجد ذلك فى الاحرار وزيادة ثم الحر مع انه مجمع القصاص لا يزاد بدله على أعلى الديات فالعبد أولى وانما قلنا ان الضمان وجب بالقتل ها هنا لان القتل سبب تضمن به النفس بالدية وهو حكم ثابت بالنص قال الله تعالي ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ونفس العبد فى هذا داخلة كنفس الحر (ألا ترى) انها تضمن بالكفارة كنفس الحر فكذلك بالدية والدية بمقابلة النفس مقدرة بالنص لا تجوز الزيادة عليها بالرأى فلا يجوز اسقاطها بالرأي فهذا دليل واضح على أن الضمان يجب هاهنا باعتبار النفسية وان الواجب الدية لانا لو لم نجعله واجبا باعتبار النفسية كنا قد أسقطنا بالرأى ماهو ثابت بالنص والدليل عليه أن ضمان النفس بالدية لاظهار حرمة المحل وصيانته عن الاهدار ونفس العبد محترمة كنفس الحر فلا يجوز اهدارها ما أمكن والدليل عليه أن صفة المالية فى هذا المحل تبع للنفسية لان قوام المالية ببقاء النفسية وهذا هو علامة التبع مع المتبوع ولا يجوز اهدار الاصل بحال لمراعاة التبع لان فى اعتبار الاصل اعتبار التبع وليس فى اعتبار التبع اعتبار الاصل واذا جعلنا الضمان واجبا باعتبار النفسية كنا اعتبرنا ماهو الاصل وباعتباره يحصل اعتبار التبع فكان ذلك أولى من أن يجعل بمقابلة المالية ويهدر معنى النفسية

ولان أكثر مافى الباب ان تثبت المساواة بين النفسية والمالية ولكن مع المساواة تترجح النفسية باعتبار السبب وهو القتل لان القتل سبب لا يقصد به الاموال عادة وانما يقصد به النفوس لمعنى التشفى والانتقام فاما الاموال فانما تقصد بالغصب فلا جرم ضمان الغصب يكون ضمان مال يجب بالغة ما بلغت ولا يثبت فى حق الاحرار وضمان القتل يكون باعتبار النفسية سواء بقتل الحر أووجب بقتل العبد الا انه لا يجب على المولى بقتل عبده لخلوه عن الفائدة فان ما يجب بمقابلة نفس العبد يكون لمولاه على سبيل الخلافة عنه والخلافة بسبب الملك لا تنعدم حكما بالقتل فلو وجب وجب له على نفسه والدليل على هذا فضل القصاص فان القصاص يجب باعتبار معنى النفسية ثم لا يجب على المولى اذا قتل عبده لانه غير مفيد فكذلك المال ومن يقول القصاص واجب باعتبار المالية فهو لغو من الكلام لان المال لا يضمن بالقصاص بحال فكيف يضمن بالقصاص والمقصود بالمال التمول والادخار لوقت الحاجة وليس فى القصاص شئ من ذلك ولهذا يتبين ترجيح معنى النفسية على معنى المالية لان المتلف فى حال الخطأ ما هو المتلف فى حالة العمد فاذا جعل المضمون منه فى حالة العمد معنى النفسية فكذلك فى حالة الخطأ ومن يقول يجمع بينهما فذلك فضل من الكلام لانه لو كان ها هنا طريق الى الجمع بينهما لكان ينبغى ان يضمن الدية مع كمال القيمة ويستوفى فى حالة العمد القصاص باعتبار النفسية والقيمة باعتبار الماليه وأحد لا يقول ذلك فعرفنا انه لا وجه الى الجمع بينهما لما بين الوصفين من المغايرة على سبيل التضاد فاما النقصان فنقول بدل النفس قد ينقص عن أعلى الديات باعتبار معنى موجب للنقصان فى المحل (ألا ترى) انه ينقص بالانوثة وبالكفر عن أصل الحكم وبالاجتنان فى البطن بالاتفاق فان بدل الجنين دون بدل المنفصل وان كان الوجوب باعتبار النفسية هناك اذ لا مالية فى الجنين حرا كان أو مملوكا فكذلك يجوز أن ينقص عن أعلى الديات باعتبار صفة المملوكية وهذا لان تكميل الدية باعتبار كمال صفة المالكية (ألا ترى) أن بدل الانثى على النصف من بدل الذكر لان الذكر أهل لمالكية المال والنكاح والانثى أهل لمالكية المال دون مالكية النكاح فانها مملوكة نكاحا فيتنصف بدلها بذلك والجنين ليس بأهل للمالكية فى الحال ولكن فيه عرضة الاهلية لذلك اذا انفصل حيا فباعتباره ينقص بدله غاية النقصان اذا عرفنا هذا فنقول بسبب الرق تنتقص صفة المالكية لانه صار مملوكا مالا ولم يبق مالكا للنكاح بنفسه الا أن هذا النقصان عارض على شرف الزوال بان يعتق فيجوز ان يزاد بدل الرقيق على بدل الانثى لهذا

ويجوز أن ينقص باعتبار الحال وهو انه دون الانثى في صفة المالكية ثم صفة المملوكية وان كانت لا تختلف في الرقيق ولكن ينبني على هذا الوصف مايختلف في نفسه وهو المالية فان أمكن اظهار النقصان باعتبار صفة المالكية بان كان قليل القيمة يعتبر ذلك لاظهار النقصان وان لم يمكن بان كان كثير القيمة فحينئذ يصار في النقصان الى معني شرعي وبهذا يتبين فساد قول من يقول ان النقصان اذا كان فباعتبار المالكية وانما النقصان باعتبار المملوكية وذلك لا يزاد بزيادة المالية وانما اعتبار المالية لاظهار مقدار النقصان اذا أمكن لا لثبوت أصل النقصان على أن بزيادة المالية يزداد النقصان وعند قلة المالية ينتقص الواجب عن الدية لا عن القيمة وعند كثرة المالية ينتقص الواجب عن القيمة وعن الدية جميعا وانما قررنا النقصان بعشرة لحديث ابن مسعود رضي الله عنه ولان صفة المملوكية تظهر التفاوت بينهما فيما يتقدر بالعشرة وهو المستوفى بالوطء فانه لا يحل استيفاء ذلك من الحر الا بعقد يتقدر البدل فيه بعشرة ويجوز استيفاء ذلك من الامة بعقد متعد عن البدل وهو الهبة فان الجارية الموهوبة يباح وطؤها فاذا ظهر باعتبار صفة المملوكية التفاوت بينهما فيما هو مقدر بالعشرة نصا قدرنا النقصان بالعشرة لهذا ولهذا قلنا في أصح الروايتين سواء كان المقتول عبدا أو أمة فالنقصان عن الدية يتقدر بعشرة والرجوع الي تقويم المقومين قد يكون فيما يجب بمقابلة النفسية كحكومة العدل والوجوب للمولى لانه يخلفه خلاف الوارث المورث ولانه مالك لمالكية قوامها باعتبار هذا المحل فما يجب بمقابلة المحل في حقه يجعل كالواجب بمقابلة المالية ولهذا قلنا البيع يبقي اذا قتل المبيع قبل القبض لان صحة البيع باعتبار بقاء معنى المالية التي تملك بالبيع باعتبار هذا المحل فيجعل بدل المحل بمنزلة بدل المالية في بقاء البيع باعتباره ولهذا لو كان القتل عمدا حتى وجب القصاص بقي البيع أيضا عند أبي حنيفة وهذا بخلاف العبد المرهون اذا قتله الراهن فان ايجاب الضمان هناك باعتبار معنى النفسية غير ممكن لما قررنا في المولى اذا قتل عبده فجعلنا الواجب باعتبار المالية ولهذا لا يتعلق به القصاص بحال فتجب فيه المالية بالغة مابلغت فأما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية فقط (ألا ترى) انه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا قال كان الواجب فيه القيمة بالغة مابلغت الا ان محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله بان تكون قيمته بلغت ألفا فيجب بقطع طرفه خمسة عشر ألفا أو عشرة آلاف الا عشرة وهذا قبيح جدا فلهذا قال لا يزاد على نصف

بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة ولو قتل العبد قتيلا وله وليان فعفى أحدهما دفع المولى الى الباقي نصفه أو فداه بنصف الدية لان النصيب الذى لم يعف انقلب مالا عند عفو الشريك فيكون هذا فى نصيبه كالجناية الموجبة للمال فى الاصل وهو الخطأ ولو قتل قتيلا خطأ وفقأ عين آخر دفعه المولى اليهما أو فداه فان اختار الفداء فداه بالارش وذلك دية النفس عشرة آلاف وأرش العين خمسة آلاف واذا اختار الدفع كان العبد بينهما أثلاثا لان كل واحد منهما تصرف فيه بجميع حقه وحق ولى القتيل عشرة آلاف وحق المفقوء عينه خمسة آلاف فان أعتقه المولى وهو يعلم بالجنايتين فهو مختار وعليه خمسة عشر ألفا فى ماله لانه فوت محل الدفع بالاعتاق وبعد العلم بالجناية كان هو مخيرا بين الدفع والفداء فتفويته محل الدفع يكون اختيار الفداء دلالة التصرف فهو كالتصريح بالاختيار وكذلك لو دبره أو باعه أو كاتبه فانه يتعذر عليه دفعه بما أنشأ من التصرف فيتضمن الذى اختار الفداء منه وكذلك لو كانت أمة فاستولدها فان جامعها ولم تلد فليس هذا باختيار وله أن يدفعها بعد ذلك الا فى رواية عن أبي يوسف فانه يقول الوطء دليل الاختيار بدليل ان البائع اذا كان بالخيار فوطىء المبيعة كان ذلك منه اختيارا للفسخ وهذا لان الوطء دليل تقرير ملكه فيها ولان الوطء فى حكم الجناية ولو جنى عليها كان للفداء وجه وظاهر الرواية أن الوطء لا يمكن نقصانا فى عينها اذا كانت ثيبا ولا يعجزه عن دفعها فيكون اقدامه عليه دليل الاختيار كالاستخدام وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان هناك لو لم يجعله فاسخا للعقد بالوطء لكان اذا أجاز العقد ملكها المشترى من وقت العقد ولهذا يستحق زوائدها فتبين به أن الوطء حصل فى غير ملكه فللتحرز عن هذا جعلناه فاسخا وهاهنا اذا دفعها بالجناية ملكها ولى الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شئ من زوائدها فلا يتبين به أن الوطء كان فى غير ملكه والوطء وان كان كالجناية لكن الجناية لا يبقي لها أثر فى العين فلا يكون اختيارا وكذا الوطء بهذه الصفة وكذلك لو زوجها لان التزويج كالاستخدام من حيث انه لا يمكن نقصانا فى عينها ولا يعجزه عن دفعها بالجناية وكذلك لو أجرها أو رهنها فى ظاهر الرواية وفى بعض نسخ الديات يقول الاجارة والرهن يكون اختيارا منه بمنزلة الكتابة لان البدل بهذين العقدين يصير مستحقا عليه وذلك يمنعه من دفعها بالجناية فيجعل اختيار الفداء كالكتابة وجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنقض بالعذر فيكون قيام حق ولي الجناية فيها عذرا فى نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين

واسترداد الرهن متى شاء ولم يتحقق عجزه عن دفعها بهذين العقدين فلا يجعل ذلك اختيارا بخلاف الكتابة فان بعقد الكتابة ثبت له استحقاق لا يملك الولى ابطاله وذلك يمنعه من دفعها وان ضرب العبد ضربا لزمه منه عيب فاحش أو جرحه أو قتله وهو يعلم فختار لان حق ولى الجناية يثبت فى كل جزء منه وقد فوت جزء فامتنع الدفع فى ذلك الجزء وهو لا يتحمل التجزى فى الدفع بالجناية فتفويت جزء منها كتفويت كله ولو دفع العبد في بئر حفرها المولى فى الطريق أو أصابه جناح أشرعه المولي فليس هذا باختيار لان المولى ان كان فعل هذا قبل جناية العبد ولم يوجد منه صنع بعد جنايته اذ لا صنع له فى وقوع العبد فى البئر وان كان الحفر منه بعد جنايته فهو عند الحفر ما كان يعلم ان عبده يقع به ولا قصد ذلك بحفره وقد بينا ان حافر البئر يصير قاتلا ولهذا لا يجب عليه الكفارة والاختيار انما يحصل بمباشرة فعل من المولي يكون مقويا له محل الدفع وكذلك كل ما لا يجب على المولى فيه الكفارة فليس ذلك باختيار منه ولكن على المولي القيمة ان مات العبد من ذلك بينهما أثلاثا لان المولى سبب لهلاكه وهو متعمد فى ذلك التسبب ولو أتلفه مباشرة على وجه لم يصر مختارا بان لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك اذا أتلفه بطريق التسبيب ولو أوطأه المولي وهو يسير على دابته أو وقع عليه فقتله وهو يعلم بجناية العبد ولم يتعمد الوطء ولا الوقوع فهذا اختيار وعليه الارش لانه مباشر قتله بهذا الطريق ولهذا يلزمه الكفارة ومباشرة القتل بتفويت محل الدفع فاذا كان بعد العلم بالجناية يجعل اختيارا ولا معتبر بتعمده الوطء والوقوع عليه لان ذلك من باطنه لا يمكن الوقوف عليه وان أعتقه أو باعه أو وهبه أو كاتبه وهو لا يعلم بجنايته فعليه قيمته لانه منع الدفع بما أحدث من التصرف ولكنه لم يصر مختارا للفداء حين لم يكن عالما بالجناية فيكون مستهلكا محل الدفع وذلك يوجب عليه القيمة لولى ولي الجناية كالراهن اذا استهلك المرهون يغرم قيمته لحق المرتهن وان كان علم باحدى الجنايتين ولم يعلم بالاخرى فهو مختار للذى علم بها وعليه الارش وللاخرى حصتها من قيمة العبد لانه يجعل تصرفه فى حق كل واحد من الجنايتين كانه لاجناية سواها ففيما كان عالما بها يجعل مختارا لوجود دليل الاختيار وفيما لم يكن عالما بها مستهلكا محل الدفع فعليه حصتها من قيمة العبد واذا جنى العبد جناية لم تبلغ النفس فاعتقه المولي وهو يعلم بها قبل البرء ثم انتقضت الجراحة فمات وهو مختار فعليه الدية لان السبب الموجب لتخيير المولي جناية العبد وانما وجد الاعتاق بعد العلم بها فيكون

ذلك منه اختيارا للارش بمنزلة مالو أعتقه بعد الموت (ألا ترى) ان أداء الكفارة بعد الجرح قبل زهوق الروح جائز بمنزلة أدائها بعد الموت وهذا لانه لما أعتقه مع علمه ان الجناية قد برئت فقد صار مختارا لما يجب من الارش برأت أو سرت ولو قال لعبده ان ضربت فلانا بالسيف أو بالعصا أو بسوط أو بيدك أو شججته أو جرحته فأنت حر ففعل به ذلك فمات منه عتق والمولى مختار للدية لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولان المولى لما علق عتقه بشرط هو سبب لوجوب الارش وتخيره بين الدفع والفداء فقد صار راضيا بالتزام الفداء بمنزلة الصحيح اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا اذا مرضت فمرض ومات يصير فارا من ميراثها فان كانت جناية العبد مما يتعلق بها القصاص فلا شئ على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولى الجناية فلهذا لا يلزمه شئ واذا جرح العبد رجلا فخوصم فيه المولى فاختار العبد وأعطى الارش ثم انتقضت الجراحة فمات المجروح فالقياس فيه أن يكون المولى مختارا للفداء وهو قول أبي يوسف الآخر وفى الاستحسان يخير المولى خيارا مستقبلا وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد ورجع أبو يوسف من الاستحسان الى القياس وأخذ محمد رحمه الله بالاستحسان وقد بينا فيما تقدم أن بهذه الصورة فى الكتب ثلاث مسائل هذه ومسئلة تكرار تلاوة السجدة فى الركعة الثانية وجه القياس ان المولى اختار الارش بعد ماتقرر السبب فنزل ذلك منزلة اختياره بعد موت المجروح وهذا لانه أقدم على الاختيار مع علمه انه قد يبرأ وقد ينتقض فيسرى الى النفس * يوضحه ان الاختيار قد يكون منه حكما وقد يكون قصدا فقد صار مختارا لما يجب بها ثم الاختيار بطريق الحكم يسوى فيه بين ماقبل البرء وما بعده وهو الاعتاق باعتبار انه اختيار لموجب الفعل فكذلك فى الاختيار قصدا وجه الاستحسان أن المولى اختار الارش على حسبان أن البرء قد تم وان الواجب ارش الطرف فلا يكون ذلك منه دليل اختياره الدية فالانسان قد يختار الشئ اذا كان قليلا ولا يختاره اذا كان كثيرا فاذا تبين أن الواجب كان هو الدية قلنا يخير خيارا مستقبلا بمنزلة الشفيع اذا أخبر بثمن قليل فطلب الشفعة وقضى له بها ثم تبين أن الثمن كان أكثر من ذلك كان على خياره ولو أخبر أن الثمن كثير فسلم الشفعة ثم تبين انه كان أقل من ذلك كان هو على حقه بخلاف الاعتاق فانه تفويت لمحل الدفع ولا يمكن ابقاء خياره بعده قائما وعند الاختيار قصدا لا يفوت محل الدفع فلهذا كان على خياره الا انه

روى عن أبي يوسف انه فرق بين ما اذا أعطى الارش بغير قضاء وبين ما اذا أعطاه بقضاء القاضي قال اذا أعطاه بقضاء القاضي فان المجروح يخير خيارا مستقبلا بخلاف ما اذا أعطاه بغير قضاء القاضي فان ذلك اختيار منه للدية طوعا بمنزلة من اشترى دارا بعبد فاخذها الشفيع بقيمة العبد ثم استحق العبد فان أخذها بقضاء القاضي بطلت شفعته ووجب عليه ردها وان أخذها بغير قضاء القاضي جعل ذلك كالشراء المبتدإ وعن زفر انه قال في الوجهين جميعا يصير مختارا لان القاضي انما قضي بالارش بناء على اختياره قال واذا جنى العبد جناية فاختار المولى إمساك عبده وليس عنده ما يؤدى وكان ذلك عند قاض أو عند غير قاض فالعبد عبده والارش دين عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان أدى الدية مكانه والا دفع العبد الا أن يرضي الاولياء أن يتبعوه بالدية على ما قال فان رضوا بذلك لم يكن لهم بعد ذلك أن يرجعوا في العبد وجه قولهما أن نفس صاحب العبد صار حقا لمولى الجناية الا أن المولى يتمكن من تحويل حقهم من العبد الى الارش باختياره الفداء فاذا أعطاهم الارش كان هذا تحويلا لحقهم من محل الى محل فيه وفاء بحقهم فيكون صحيحا منه واذا كان مفلسا كان هذا منه ابطالا لحقهم لا تحويلا من محل الي محل يعد له فيكون ذلك باطلا من المولي وهذا لان ثبوت الخيار للمولى كان علي وجه النظر من الشرع وانما يثبت علي وجه لا يتضرر به صاحب الحق فاذا آل الامر الى الضرر كان باطلا بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل لانه حول حقه من ذمته الي ذمة المحتال عليه بشرط أن يسلم له فاذا لم يسلم عاد كما كان وفي بيع المعاوضة اذا هلك أحد العوضين قبل القبض بطل العقد في الآخر لان صاحبه حول حقه الي العوض الآخر بشرط أن يسلم له فاذا لم يسلم عاد كما كان وكذلك في البيع والآخر بالشفعة ان سلم الثمن كان له أن يأخذ الدار وان عجز عن ذلك لم يكن له أن يأخذها الا أن يرضي البائع والمشترى في فصل الشفعة بالتسليم فهاهنا أيضا ان رضي الولى كان مسقطا حقه في العبد وان أبى كان له أن يأخذ العبد وأبو حنيفة يقول بجناية العبد يخير المولي بين الدفع والفداء والمخير بين اثنين اذا اختار أحدهما تعين ذلك واجبا من الاصل كالمكفر اذا اختار أحد الانواع الثلاثة فهاهنا باختياره تبين أن الواجب هو الدية في ذمة المولى من الاصل وان العبد فارغ من الجناية فلا يكون لاولياء الجناية عليه سبيل * يوضحه ان من ثبت له الخيار شرعا يستبد بالخيار من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه ولو

رضى الاولياء أن يتبعوا بالدية لم يبق لهم حق فى العبد فكذلك اذا اختار المولى ذلك فى حال ماثبت له الخيار شرعا وقيل ان هذه المسئلة فى الحقيقة تبنى علي اختلافهم في التفليس وعند أبى حنيفة التفليس ليس بشئ والمال غاد ورائح وهذا التصرف من المولي يكون تحويلا لحق الاولياء الي ذمته لا ابطالا وعندهما التفليس معتبر والمال فى ذمة المفلس يكون تاويا فيكون هذا الاختيار من المولى ابطالا لحق الاولياء وقد روى عن أبى يوسف ان اختيار المولى ها هنا معتبر حتى لا يكون لاولياء الجناية حق تملك العبد بالاخذ بعد هذا الاختيار ولكن يباع العبد فيه فيدفع ثمنه الى الاولياء من حساب الدية التى على المولى وهو بناء على مذهب أبى يوسف فى الحجر بسبب الدين فانه يقول القاضي يحجر على المديون ويبيع عليه ماله وعند أبى حنيفة لا يفعل ذلك وقد بينا هذا فى كتاب الحجر قال واذا جنى العبد جناية خطأ ثم أقر المجنى عليه انه حر قبل الدفع اليه فلا حق له فى رقبة العبد ولا على المولى لانه يزعم انه حر وان جنايته على عاقلته لا يستحق بها رقبته وزعمه معتبر فى حقه فلا سبيل له على العبد بعد هذا الاقرار ولا شئ له علي المولى لانه لم يدع علي المولى بعد الجناية حتى يصير به مختارا أو مستهلكا ولو كان اقرار المجنى عليه بعد مادفع اليه العبد فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر بحريته فيعتق باقراره ويكون موقوف الولاء بمنزلة من اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان أعتقه قال واذا جنت الامة جناية ثم ولدت ولدا أو اكتسبت كسبا فان مولاها يدفعها بالجناية ولا يدفع ولدها ولا كسبها لان استحقاق نفسها بالجناية الخطأ كاستحقاق نفسها بالعمد قصاصا وذلك لا يسرى الى الكسب والولد وهذا لان حق ولى الجناية غير متأكد فى عينها (ألا ترى) ان المولى مخير بين أن يدفعها أو يفديها بالارش وانما يسري الى الولد ما يكون متأكدا فى الاصل حين انفصل الولد عنها وأما الكسب فانما يملك بملك الاصل وعند الاكتساب كان ملك الاصل للمولى دون المجنى عليه فان جنى عليها فأخذ المولى لذلك ارشا فانه يدفع الارش معها لان الارش عوض عن الجزء الفائت منها بالجناية وحق ولي الجناية كان ثابتا فيها بجميع أجزائها فيثبت فى بدل جزء منها أيضا والجزء معتبر بالكل ولو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفع تلك القيمة الى ولي الجناية فكذلك اذا أخذ أرش جزء منها بخلاف الولد فانه حر وهو زيادة حادثة بعد الجناية وحق الولى انما يثبت فى الاجزاء الموجودة عند الجناية وان كان جني عليها قبل جنايتها لم يدفع المولي ذلك الارش معها لان الجزء الفائت بتلك الجناية

لم يكن موجودا عند جنايتها فلا يثبت حق ولي الجناية فيه ولا في بدله بخلاف الفائت بعد جنايتها وان لم يعلم ان الجناية عليها كان قبل جنايتها أو بعده فالقول فيه قول المولى لان الارش المقبوض في يد المولى فأولياء الجناية يدعون استحقاق ذلك على المولى وهو ينكر ولانهم يستحقونها بالجناية على المولى فالقول قول المولى في بيان صفتها حين ثبت الاستحقاق لهم وان كان وجب الارش بعد جنايتها فأمسكها المولي وفداها فله أن يستعين بذلك الارش في الفداء لانه ملكه كسائر أمواله وان لم يختر الفداء حتى استهلك أو وهبه الجاني عليها لم يكن مختارا وله أن يدفعها لان الارش منفصل عنها فتصرفه في الارش لا يكون تصرفا فيها ولا يتعذر دفعها فكان له أن يدفعها بمنزلة مالو حدثت الجناية من امتين فاستهلك احداهما كان له أن يدفع الاخرى بجنايتها ثم عليه أن يغرم مثل مااستهلك فيدفعه معها لان حق ولى الجناية ثبت في ذلك الارش وقد أتلفه المولى بتصرفه وهذا بخلاف مااذا أتلف المولى جزأ منها بجنايته لان هناك المولى تصرف فيه بالجناية والجزء الذي أتلفه بجنايته كان متصلا بها ولهذا صار المولى به مختارا وان كان الجاني عليها عبدا فدفعه المولى كان عليه أن يدفعهما جميعا أو يفديهما بالدية لان العبد المدفوع قائم مقام الجزء الفائت منها فان أعتق العبد المدفوع اليه فهذا اختيار منه للامة وعليه الدية وكذلك ان أعتق الامة فانه لا يستطيع أن يدفع واحدا منهما دون صاحبه لان العبد قائم مقام الجزء الفائت وحكم الدفع فيها لا يتجزأ بل اذا تعذر دفع بعضها بتصرف المولى يتعذر دفع كلها فكذلك حال العبد المدفوع مكان الجزء الفائت منها وهذا بخلاف الارش المستوفى من الجاني اذا كان جزأ لان الارش دراهم وفي الدراهم لا يثبت للمولى الخيار بين الدفع والفداء واقدامه على التصرف انما يكون دليل الاختيار اذا صادف محلا ثبت له فيه الخيار فأما هنا فالخيار ثابت له في العبد والامة لان كل واحد منهما يفيد التخير فيه بين الدفع والفداء فاعتاقه أحدهما يكون تصرفا في المحل الذى ثبت له فيه الخيار فيجعل ذلك اختيارا وهذا الاختيار يثبت له فيهما باعتبار جناية واحدة فيكون اختياره أحدهما اختيارا لهما جميعا بخلاف الامتين اذا جنت كل واحدة منهما لان ثبوت الخيار له في كل واحدة منها باعتبار جناية على حدة فلا يكون اختياره احدى الجنايتين دليل الاختيار منه في الاخرى فان أعتق العبد وهو لا يعلم بالجناية ثم اختار دفع الامة دفع معها قيمة العبد لان العبد لو كان قائما بعينه كان عليه دفعه معها وقد صار مستهلكا له بالاعتاق حين لم يكن عالما بالجناية فكان عليه قيمته (ألا ترى)

انه لو أعتق الامة وهو لا يعلم بالجناية كان عليه قيمتها ولو كان هذا العبد فقأ عين الامة فدفع بها وأخذت الجارية فان العبد يصير مكانها يدفعه المولى أو يفديه بالدية لانه قائم مقامها حين دفع بها وكذلك لو قتلها عبد فدفع بها ولو قتلها حر خطأ فأخذ المولى قيمتها لم يقل للمولى ادفعها أو افدها ولكنه يدفع قيمتها لان القيمة دراهم أو دنانير والارش كذلك ولا معنى للتخيير بين القليل والكثير فى الجنس الواحد وانما يؤمر بدفع القيمة التى قبضها الى ولى الجناية بخلاف ماتقدم فالمدفوع هناك عبد وللناس فى الاعيان أغراض فتخييره بين دفع العبد وبين الفداء بالقيمة يكون مفيدا ولو أن عبدا قتل رجلا خطأ ثم قتلت جارية المولى العبد خطأ قيل للمولى ادفعها أو افدها بقيمة العبد لان العبد الجانى صار مستحقا لولى الجناية فجناية جارية المولى عليه بمنزلة جنايتها على عبد مملوك لولى الجناية ولو قتلت عبدا أو مملوكا له كان على المولى أن يدفعها أو يفديها بقيمة العبد فكذلك هاهنا لا يجوز أن يلزمه أكثر من ذلك وهذا لان اعطاءه قيمة العبد بمنزلة اعطائه العبد ان لو كان قائما ولو أعطاهم العبد لم يلزمه شيء آخر فكذلك اذا أعطاهم قيمته بعد ماقتلته أمته قال واذا قتل العبد رجلا خطأ وقتلت الامة رجلا وهما لرجل واحد ثم ان العبد قتل الامة خطأ واختار المولى دفعه فانه يقسم على قيمة الامة ودية الحر لان الامة كانت مستحقة لاولياء جنايتها وقد جنى العبد عليها فثبت حق أولياء جنايتها فى مقدار قيمتها وحق أولياء الحر فى الدية ومولاه يتخير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع ضرب فيه أولياء الحر بدية الحر وأولياء الامة بقيمتها فيقسم العبد بينهما على ذلك وان اختار الفداء فداه بدية الحر وبقيمة الامة لاولياء جنايتها قال واذا جنى العبد جناية ففداه المولى منها ثم جنى جناية أخرى قيل له ادفعه بها أو افده لانه لما فداه من الاولى فقد طهره منها فكأنه ما وجد منه الا الجناية الاخرى فيخاطب بالدفع أو الفداء فان كان لم يقض من الاولى شيئا حتى جنى الثانية دفعه بهما أو فداه لان الجنايتين اجتمعتا فى رقبته وللمولى أن يتخلص بدفعه ويقول انما لحقنى هذا الشغل بسبب ملكى رقبة العبد وانا أتخلص بدفعه فيدفعه بالجنايتين أو يفديه بارشهما واذا أعتق العبد ثم أقر انه كان جنى فى حال رقه جناية عمدا أو خطأ لم يلزمه شيء منها الا القود فى النفس لانه لو أقر بها قبل العتق لم يصح اقراره الا بالجناية الموجبة للقود فكذلك بعد العتق وهذا لانه فى الوجهين جميعا انما يقر على غيره فان جناية العبد فيما يوجب المال يكون على المولى لا شيء منه على العبد قبل عتقه ولا بعد عتقه واقراره على غيره لا يكون حجة فى الحالين

فاما ما يكون موجبا للقود فاقراره يكون على نفسه ولو جنت أمة جناية فقال المولى كنت أعتقتها قبل الجناية أو دبرتها أو كانت أم ولدى فانه لا يصدق من أجل الجناية وهو مختار للفداء ان قال هـذا بعد العلم بالجناية وان قاله قبل العلم بالجناية فعليه القيمة لانه متهم فى حق أولياء الجناية فيجعل اقراره بمنزلة الانشاء فى حقهم وأن انشأ العتق أو التدبير كان الحكم فيه مابينا فكذلك اذا أقر مستندا الى ما قبل الجناية لان هذا الاسناد لايثبت بقوله حين لم يصـدقه أولياء الجناية فيه واذا جنى العبـد جناية فاخبر ولي الجناية ولى العبد فاعتقه فقال لم أصدقه فيما اخبر به فهو مختار للفداء لان ولى الجناية فى اختياره يطالب بحقه فعلى المولى أن ينظر فى خبره (ألا ترى) انه لو أخبر القاضي بذلك وطالبه باحضار المولى وتكليفه الجواب اجابه القاضى الى ذلك فكذلك اذا أخبر المولى بذلك كان عليه أن ينظر الي خبره فاذا لم يفعل وأعتق العبد كان هذا بمنزلة الاعتاق بعد العلم بالجناية فيكون مختارا وكذلك ان أخبره رسول ولى الجناية فاسقا كان الرسول أو عدلا لان عبارة الرسول كعبارة المرسل فاما اذا أخـبره بذلك فضولى فان صدقه فيما أخبره به ثم أعتق العبد فهو مختار للفداء أيضا وان كذبه فى ذلك أو لم يصدقه ولم يكذبه حتى أعتق العبد فان كان المخبر عدلا فكذلك الجواب لان خبر العدل مقبول فيما يكون ملزما وان كان المخبر فاسقا فى قول أبى حنيفة لا يكون مختارا للفداء ولكن عليه قيمته باستهلاكه اياه وعند أبى يوسف ومحمد هو مختار للفداء وهذا من الجنس الذى بيناه فى المأذون أن عندهما خبر الواحد فى المعاملات مقبول عدلا كان أو فاسقا وعند أبى حنيفة فيما يتعلق به اللزوم لا يعتبر خبر الفاسق وهذا خبر الملزم فى حق المولى لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يلزمـه الفـداء فلا يعتبر فيه خبر الفاسق اذا كان فضوليا وان أخبره به فاسق ففى احـدى الروايتـين كذلك وفى الرواية الاخرى يكون مختارا للفـداء لانه تم احدى شطرى الحجة وهو العدد فيعتبر بما لو وجد الشطر الآخر وهو العدالة فى حق المخبر الواحد ولو جنى عبده جناية فقال المولى كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه فلان أو قال هو له لم يكن لي قط وصدقه فلان قيل لفلان ادفعه أو افده لان المولى ما أتلف على ولى الجناية شيئا حين أخرجه الي ملك رجل يخاطب بدفعه أو الفداء كما كان هو يخاطب به فان كذبه فلان قيـل للمولى ادفعـه أنت أو افده لان الملك ثابت له فيه باعتبار يده والاقرار بطل بتكذيب المقر له فصار كأنه لم يكن فيخاطب ذو اليـد بالدفع أو الفداء ولو أن عبدا فى يد

رجل جنى جناية فقال ولى الجناية هو عبدك فقال الرجل هو وديعة عندى لفلان أو عارية أو اجارة أو رهن فان أقام علي ذلك بينة أخر الامر فيه حتى يقـدم الغائب فان لم يقم بينة خوطب بالدفع أو الفداء وقال زفرهو مختار للفداء بمجرد قوله لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مقوما للدفع مختارا للفداء كما لو أعتقه ولـكنا نقول هو بكلامه يزعم انه ليس بخصم فى هذه الجناية أصلا واختياره يبنى على كونه خصما فاذا ثبت بالبينـة انه ليس بخصم فيـه صار اثبات ذلك بالبينة كالاثبات بالمعاينـة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع أو الفداء ولا معنى لجعله مختارا مع بقاء تمكنه من الدفع بالجناية فان فداه ثم قدم الغائب أخذ عبده بغير شئ لان ذا اليد أقر بالملك له وقد اتصل تصـديقه بذلك الاقرار وقد كان ذو اليد متبرعا فى هـذا الفداء فانه ما كان مجبرا عليه فلا يرجع بشئ منـه على المقر له وان كان دفعـه فالغائب بالخيار ان شـاء أمضى ذلك وان شاء أخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار فيثبت الملك ويتبين انه كان له الخيار فان أمضي دفعه كان ذلك بمنزلة اختيار الدفع منه ابتداء وان اختار الارش فله أن يأخذ عبده وان أنكر الغائب أن يكون العبد له فما صنع الاول فيه من شئ فهو جائز لان الاقرار بطل بتكذيب المقر له • واذا كان عبد فى يدي رجل وهو مقر بانه عبده أو لم يقر ولم ينكر فاقر عليه بجناية خطأ ثم أقر انه لرجل آخر وانه لم يملكه قط وصدقه الرجل فالعبد له لان الجناية الثابتة عليه باقرار المولى لا تكون أقوى من الثابتة بالمعاينة وذلك لا يمنع المولى من التصرف فيه والاقرار بالملك لغيره ثم ان كذبه المقر له فى الجناية فهو مختار للارش لان الجناية ثبتت على العبد باقرار ذى اليد عليـه بها ثم صار متلفا العبد باقراره بالملك فيه لغيره فيجعل ذلك بمنزلة تمليكه منه بالبيع وذلك اختيار منه للفداء فهذا مثله اذا كان ذو اليد اقر انه عبده قبل اقراره بالجناية عليه أو بعد ذلك قبل اقراره لهذا الرجل وان لم يكن ادعاه لنفسه قبل اقراره لهذا الرجل فلا شئ عليه ولا على العبد من الجناية لان المقر ما أتلف شيأ على أحد وانما أقر على ملك غيره بالجناية واقراره على ملك الغير لا يلزمه شيأ وهذا بخلاف ما اذا ثبتت الجناية عليه ببينة لان هناك ذو اليد قد صار مخاطبا بالدفع وثبتت الجناية على العبد بما هو حجة فى حق الكل فاذا حوله باقراره الى المقر له خوطب بما كان يخاطب به المقر وها هنا باقرار ذي اليد ما ثبتت به الجناية على العبد فى حق المقر له فلهذا لا يخاطب بشئ قال واذا جنى العبد

جناية ثم أصابه عيب سماوى فان المولى يخاطب بدفعه أو الفداء ولا شئ عليه بسبب ذلك العيب لانه ما كان مضمونا عليه (ألا ترى) انه لو مات فى يده لم يلزمه شئ فاذا فات جزء منه بغير صنعه أولى أن لا يلزمه شيء وكذلك لو بعثه المولى فى حاجة فعطب فيها أو استخدمه فلا ضمان عليه فيما لحقه بذلك لان للمولى حق الاستخدام فى العبد مالم يدفعه فلا يكون فعله ذلك تعديا فلو أذن له فى التجارة بعد جنايته فاستغرق رقبته فهو ضامن قيمته لاهل الجناية تعديا ولو أذن له لان الاذن له فى التجارة لا يمنعه من الدفع فى الجناية فلا يصير به مختارا ولكن استحقاق ماليته فى الدين يثبت بذلك الاذن فيصير المتلف به كالمتلف للمالية على أهل الجناية لانه تعذر الدفع اليهم بالجناية حين يباع فى الدين لان حقهم كان ثابتا فى عبد غير مشغول المالية فلهذا لا يضمن المولي قيمته قال واذا قتل العبد قتيلا خطأ ثم فقأ رجل عينه ثم قتل آخر خطأ ثم اختار المولى دفعه فانه يدفع ارش العين الى الاول لانه جنى على الاول وعينه كانت صحيحة فيثبت فيها حق المجنى عليه ثم فاتت وأخلفت بدلا فيكون البدل له ولا مزاحمة للثانى معه فيه لانه جنى على الثانى وهو أعور فلم يثبت حق الثانى فى هذه العين أصلا ثم يكون العبد بينهما يضرب فيه الاول بالدية الا ما أخذ من ارش العين ويضرب فيه الآخر بالدية حتى اذا كانت قيمته ألف درهم وكان ارش العين خمسمائة فان العبد يقسم بينهما علي تسعة وثلاثين سهما لان الاول انما بقى من حقه تسعة آلاف وخمسمائة فيضرب بذلك فى العبد والثانى انما يضرب بعشرة آلاف كمال الدية فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كان العبد بينهما علي تسعة وثلاثين سهما وكذلك لو كان الذى فقأ عينه عبدا فدفع به كان ولى الاول أحق به ثم يضرب مع الآخر بالدية الا قيمة العبد الذى أخذه لانه وصل اليه ذلك القدر من حقه واذا قتل العبد قتيلا خطأ وللمقتول وليان فدفعه المولى الى أحدهما بقضاء قاض ثم قتل عنده آخر ثم جاء ولى الآخر والشريك فى الجناية الاولى فانه يقال للمدفوع اليه الاول ادفع نصفك الى الاول أوافده بنصف الدية لان نصف العبد صار مملوكا بالدفع اليه بقضاء القاضى فانما جنى علي ملكه فيخاطب بان يدفع ذلك النصف أو يفديه بنصف الدية فان دفعه برئ من نصف الدية ويرد النصف الباقى علي المولي لانه أخذه بغير حق فيرده على من أخذه منه ثم لقال للمولى ادفعه أوافده بعشرة آلاف خمسة آلاف للآخر وخمسة آلاف لولى الاول الذي لم يأخذ شيأ فان دفعه ضرب كل واحد منهما فى هذا النصف بخمسة آلاف فيكون بينهما نصفين فحصل ثلاثة ارباع العبد

لولي الجناية الآخرة وربعه للذى لم يكن قبض من ولى الجناية الاولى ثم يضمن المولى الذى كانت الجناية الثانية فى يده ربع قيمته للمولى فيدفعه الى الاوسط لان هذا الربع استحقه ولى الجناية الآخرة بجناية كانت منه عند المدفوع اليه وقد كان مضمونا فى يده فيرجع عليه بربع القيمة لذلك ويدفعه الى الاوسط لان حقه كان ثابتا فى هذا الربع وقد فات وأخلف بدلا فيجمع له ربع العبد وربع القيمة ولا يكون ذلك موجبا الضمان عليه حتى لو كان دفعه اليه بغير قضاء القاضى كان للاوسط الخيار ان شاء ضمن المولى هذا الربع باعتبار دفعه الي صاحبه بغير قضاء قاض وان شاء ضمنه فان ضمن المولى رجع به المولى علي المدفوع اليه الاول لما قلنا .

قال واذا قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحدهما بغير قضاء القاضي فقتل عنده قتيلا خطأ ثم اجتمعوا واختاروا الدفع فان المدفوع اليه الاول يقال له ادفع نصف العبد الى الآخر لان حقه كان فى نصف العبد وقد تم ملكه في ذلك النصف بالدفع اليه ثم كانت الجناية الاخيرة من هذا النصف علي ملكه وقد اختار الدفع فيؤمر بدفع نصف العبد اليه ويرد النصف الباقى على المولى لانه أخذه بغير حق ثم يدفعه المولى الى الاوسط والآخر يضرب فيه الآخر بخمسة آلاف لانه وصل اليه نصف حقه ويضرب فيه الاوسط بعشرة آلاف لانه لم يصل اليه شيء من حقه فيكون هذا النصف بينهما أثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للآخر ثم يضمن المولى سدس قيمة العبد للاوسط وهو ما سلم من هذا النصف لولى الجناية الاخيرة لان حق الاوسط كان ثابتا فى جميع هذا النصف وكان قد دفعه الى غيره بغير قضاء القاضى فلهذا يضمن له سدس القيمة ويرجع به على الاول الذى كان فى يده لان استحقاق هذا السدس بجناية كانت فى يده وان شاء الاوسط ضمن هذا السدس الذى كان فى يده هكذا يقوله العراقيون من مشايخنا والصحيح عندى انه ليس له ذلك ها هنا ولا فى الفصل الاول لانه ما كان مالكا لهذا النصف قبل أن يدفع اليه حين يكون قبض الاول جناية على حقه فيكون ضامنا له ولو كان الدفع بقضاء قاض كان مثله هذا أيضا لان المولى لا يضمن شيأ للاوسط ولكنه يرجع بسدس القيمة على المدفوع اليه الاول لما قلنا واذا قبض ذلك منه دفعه الى الاوسط وعلى ما يقوله العراقيون الاوسط هو الذى يرجع بسدس القيمة على المدفوع اليه.

قال واذا قتل العبد قتيلا خطأ وفقأ عين آخر فدفعه المولى الى المفقوء عينه فقتل عنده قتيلا آخر ثم اجتمعوا فاختاروا دفعه فان صاحب العين يدفع ثلثه الي الآخر لانه ملك الثلث والجناية

الاخيرة من هذا الثلث حصلت على ملكه فيدفعه بها ويرد الثلثين علي المولى فيدفعه المولى الى ولى القتيلين يضرب فيه الاول بعشرة آلاف والآخر بثلثي الدية لانه قد وصل اليه ثلث حقه فيكون هذا مقسوما بينهما أخماسا ثلاثة اخماسه للاول وخمساه للآخر ثم يضمن المولى للاول ستة أجزاء وثلثي جزء من ستة عشر جزأ وثلثي جزء من ثلثي قيمة العبد وذلك فى الحاصل خمسا بدل ما سلم للآخر من هذا الثلثين الا انه اذا بنى الجواب على القسمة التى كانت بينهما فان الاول ضرب فيه بعشرة آلاف والآخر بستة آلاف وثلثي الف ولهذا قال ما قال وفى الحقيقة رجوعه على المولى بخمسى ثلثى قيمته لان المولى أتلف ذلك عليه حين دفعه الى صاحب العين بغير قضاء قاض واستحق بالجناية التى كانت عنده ثم يرجع به المولى على صاحب العين لما قلنا ان الاستحقاق بسبب جناية كانت فى ضمانه . قال واذا قتلت الامة قتيلا خطأ ثم ولدت بنتا ثم قتلت البنت رجلا خطأ ثم ان البنت قتلت الام فاختار المولى دفعها ضرب أولياء قتيل الامة فيها بقيمة الام وأولياء قتيل البنت بالدية لان البنت فى هذا الحكم كجارية أخرى للمولى فان حق ولى جناية الام لا يثبت فى البنت ثم قد وجد من البنت جنايتان احداهما على الحر والأخرى علي الام وهى مقدرة بحق أولياء جناية الام فان دفعها المولى ضرب كل واحد منهما فيها بمقدار حق أولياء الام بقيمة الام وولى الحر بالدية فتقسم البنت بينهما على ذلك وان اختار المولى فداء البنت دفع قيمتها الى وليها وقيمة الام الى ولى الام لانه انما أقر بها بما ثبت فيها من الحق باعتبار جنايتها ولو كانت البنت فقأت عين الام فهذه المسئلة على أربعة أوجه ان اختار المولى دفعها دفع الام بجنايتها ودفع البنت يضرب فيها أولياء قتيلها بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لانها على غير الامة وقد ثبت فيها حق أولياء الام والعين من الآدمى نصفه فلهذا ضربوا فيها بنصف قيمة الام وان اختار الفداء فيهما فدى كل واحد منهما بعشرة آلاف أرش جنايتها وقد خلطن بحق فيهما للمولي ولا تعتبر جناية البنت علي الام وان اختار الدفع فى الام والفداء فى البنت دفع الام الى أولياء جنايتها وفدى البنت بالدية الي أولياء قتيلها وبنصف قيمة الام لاولياء قتيل الام لانها أتلفت نصف الام بجنايتها وهى جناية معتبرة بحق أولياء جناية الام وان اختار الدفع فى البنت والفداء فى الام فدى الام بعشرة آلاف ودفع البنت الى أولياء جنايتها لانه حين فدى الام صارت هى مخالفة له فجناية البنت عليها غير معتبرة لحق المولى فلهذا دفع البنت الى أولياء جنايتها ولو فقأت الام عين البنت

بعـد ما فقأت البنت عينها فاختار المولى دفعهما فانه يدفع البنت وانما يبدأ بها لانها هي التى ابتدأت بالجناية على الام فيضرب فيها أولياء قتيلها بالدية وولى قتيل الام بنصف قيمة الام ثم يكون ذلك المقدار من البنت مع الام ويدفع الام وما أصابها بارش عينها من البنت فيكون ما دفع بها من البنت لولى قتيل الام خاصة لان الام حين ثبتت الجناية الاولى كانت عينها صحيحة فيثبت حق المولى فى بدل تلك العين ولا مزاحمة فيه لاولياء جناية البنت وهى عوراء فلا يثبت حقهم فى بدل عينها ثم يضرب ولى قتيل الام فى الام بما بقى من الدية ويضرب فيها ولى جناية البنت بنصف قيمة البنت فتكون القسمة بينهما على ذلك وقد طعنوا فى هذا الجواب فقالوا ينبغى أن يضرب أولياء قتيل البنت فى البنت بالدية الا مقدار مايصل اليهم من الام باعتبار جنايتها على نصف البنت لان المعتبر هو المال وباعتبار المال سلم له هذا ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان عند دفع البنت لم يصل الى أولياء قتيلها شئ بعد فيضربون بجميع الدية ولا معتبر بما يكون بعد ذلك (ألا ترى) ان رجلا لو مات وترك ألف درهم ولرجل عليه ألف درهم ولآخر عليه ألف درهم فاقتسما الالف بينهما اثلاثا ثم ان صاحب الالفين أبرأه عن الالف لا يتغير بهذا الابراء حكم تلك القسمة لهذا المعنى وان اختار الولى الفداء فيهما فداهما بديتين وأمسكهما جميعا لانه يفدى كل واحدة منهما بدية قتيلها وقد خلصتا للمولي ولا يعتبر جناية كل واحدة منهما على صاحبتها قال واذا قتلت الامة رجلا خطأ ثم ولدت بنتا ثم ان ابنتها قتلتها فانه يقال لمولاها ادفعها أوافدها بقيمة الام لان البنت فى هذا الحكم كجارية أخرى للمولى ولو جنت الامة وهى حامل ثم ولدت ولدا قبل أن يدفعها فالولد للمولى لان الولد زيادة انفصلت عنها قبـل تقرر حق ولى الجناية فيها واذا ولدت آخر بعـد الدفع فهو للمدفوع اليه لانه ملكها بالدفع اليه والولد يتبع الام فى الملك ولو جنت الامة جناية خطأ ثم ولدت ولدها فقطع الولد يدها فالمولى بالخيار ان شاء دفع الام ونصف قيمتها الى أهل الجناية وان شاء دفعها وولدها وان شاء أمسكها وأعطى الارش لان الولد بمنزلة مملوك آخر للمولى اذا لم يتعلق به حق أولياء جنايتها وقد أتلف الولد نصف الام فتعتبر جنايته عليها بحق أولياء جنايتها فلهذا خير المولى على ما بينا سواء كان ارش الجناية أقل من نصف قيمتها أو مثل نصف قيمتها ولو جنى عليها عبد لغيره فاخذ الارش أعطى من ذلك أرش جنايتها وأمسك الباق لان جناية عبد الغير عليها معتبرة لحق المولى فاذا قبض الارش التحق ذلك بسائر أملاكه

فيكون له أن يعطى من ذلك ارش جنايتها ويمسك ما بقى معها كما لو كان له أن يعطى ارش جنايتها من سائر أملاكه بخلاف ما سبق لجناية الولد عليها هناك غير معتبرة لحق الام وانما كانت معتبرة لحق ولي جنايتها واذا اختلف المولى وولي جنايتها فقال الولى جنت وهى صحيحة ثم فقأ رجل عينها فالارش لي وقال المولى جنت بعد الفقء فالقول قول المولى لما بينا أن الولي يدعى استحقاق مال فى يدالمولى ويدعى تاريخا فى جنايته سابقا على وجوب الارش بالجناية عليها فلا يصدق فى ذلك الا بحجة وكذلك لو كان الذى جنى عليها القتيل نفسه أو وليه ثم اختلف فالقول فى ذلك قول المولى لما بينا انه ينكر سبق تاريخ يدعيه المولى فالقول قوله مع يمينه وعلي المولي اثبات مايدعيه بالبينة والله أعلم

باب جناية العبد فى البئر

(قال رحمه الله) واذا حفر العبد بئرا فى طريق بغير اذن مولاه ثم أعتقه مولاه ثم علم بما حفر ثم وقع فيها رجل فمات فعلى المولي قيمة العبد لان الحافر عند الوقوع يصير جانيا بسبب الحفر السابق فان ذلك الحفر كان تعديا منه الا انه اتصل بالمجنى عليه عندالوقوع فيصير جانياعليه بذلك الحفر كالمعلق للطلاق والعتاق بالشرط فعند وجود المشروط يصير مطلقا ومعتقابالكلام السابق وذلك الفعل كان منه فى ملك المولى وموجب جناية العبد واستحقاق نفسه على المولى وقد أتلفه المولى بالاعتاق على وجه لم يصر مختارا اما لانه لم يكن عالما بالحفر أو لانه لم يكن عالما بان يقع فيها انسان فكان مستهلكا للعبد فعليه قيمة العبد لولى الجناية فان وقع فيها آخر اشتركا فى تلك القيمة لانه صار جانيا على الثانى بالسبب الذي به صار جانيا على الاول وهو الحفر فيستويان فى الاستحقاق الثابت بذلك السبب والمولي بالاعتاق مااستهلك الا رقبة واحدة فلا يلزمه أكثر من قيمة واحدة ولكن تلك القيمة بينهما نصفان فان وقع فيها العبد فهو وارثه تركة فى تلك القيمة أيضا لان العبد بعد ما عتق فقد طهر من تلك الجناية والتحق هو بغيره من الاجانب وروي عن محمد بن الحسن ان دمه هدر وأصل هذه المسئلة فيما اذا حفر العبد بئرا فى الطريق ثم أعتقه المولى ثم وقع العبد فيها فمات فدمه هدر في قول محمد لانه كالجانى على نفسه بذلك الحفر السابق وفى ظاهر الرواية على المولى قيمته لورثته لانه حين أعتق فقد خرج من أن يكون جانيا حكما ويصير كان الجانى بالحفر هو المولى حتى ان عند

وقوع الواقع فيها يكون موجب الجناية على المولى ولا شئ فيه على المعتق فيكون وقوع المعتق فيها كوقوع أجنبي آخر فيغرم المولي قيمته لورثته ولو كان أعتقه المولي بعد ما وقع فيها رجل فان كان المولي لا يعلم بوقوع الرجل فيها فعليه قيمة العبد لانه صار بالاعتاق مستهلكا لا مختارا وان علم بموت الرجل فيها فعليه الدية لانه صار مختارا بالاعتاق فقد صار متخيرا بموت الرجل فيها وعلمه بذلك بخلاف ما اذا كان اعتاقه قبل أن يقع فى البئر أحد لانه ما صار متخيرا قبل وقوع الواقع فيها فلا يمكن أن يجعل اعتاقه اختيارا فان وقع آخر فيها فمات فانه تقاسم صاحب الدية فيضرب الآخر بقيمة العبد والاول بالدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على المولى نصف قيمة أخرى لولي القتيل الآخر ولا يشرك الاول فى الدية لان اعتاق المولي اياه اختيار الدية فى حق الاول فكانه لم يعتقه ولكنه أمسكه وأدى الدية ولو فعل ذلك ثم وقع فى البئر آخر كان عليه أن يدفع نصفه الى الآخر أو يفديه بالدية فكذلك هاهنا يصير هو بالاعتاق فى حق الثانى مستهلكا للعبد فيغرم له نصف قيمته وأبو حنيفة يقول دفعه الدية الي الاول بسبب اعتاقه بعد العلم بالجناية بمنزلة دفعه القيمة اليه اذا لم يكن عالما بالجناية ثم هناك المولي لا يغرم شيأ آخر اذا وقع فيها انسان آخر ولكن الثاني شارك الاول فيما قبض فكذلك هاهنا وهذا لان المولي قد غرم جميع موجب جناية العبد فلا يلزمه شئ آخر بعد ذلك لانه لا يثبت بوقوع الثانى فيه فى حق المولي تجدد الجناية فانه حر حين وقع فيه الثانى وبه فارق ما اذا أمسكه وأدى الدية لان العبد عند وقوع الثاني فيه صار جانيا باعتبار الحفر السابق وهذا على ملك المولى فى هذه الحالة فيخاطب المولي بموجب هذه الجناية فيدفع اليه النصف أو يفديه واذا ثبت أن المولي لا يغرم شيأ اخر قلنا ولي الثانى يضرب مع الاول فيما قبضه بقيمة العبد لانه صار جانيا عليه لا بالحفر السابق والمولى فى حقه يصير مختارا فيكون حقه فى قيمة العبد وحق الاول فى الدية فقد صار المولي مختارا فى حقه فيضرب كل واحد منهما في المقبوض بمقدار حقه ولو وقع فيها رجل فمات ثم وقع فيها آخر فذهبت عينه والعبد قائم دفعه المولى اليهما فيكون بينهما أثلاثا على مقدار حقيهما وان اختار الفداء فداه بخمسة عشر ألفا عشرة آلاف لصاحب النفس وخمسة آلاف لصاحب العين وان أعتقه قبل أن يعلم بهما فعليه قيمتها بينهما أثلاثا لانه صار مستهلكا للعبد عليهما بالاعتاق وان كان يعلم بالقتل ولا يعلم بالعين فعليه عشرة آلاف لولى القتيل لانه مختار لذلك وعليه ثلث قيمته

لصاحب العين لانه صار مستهلكا فى حقه حين لم يكن عالما بالجناية فيغرم له حصته من القيمة وهو الثلث ولو باع العبد قبل أن يقع فيها أحد ثم وقع فيها انسان فمات فعلى البائع قيمته لان ازالته العبد عن ملكه بالبيع بمنزلة ازالته بالعتق وكذلك لو وقع فيها العبد فى ظاهر الرواية على البائع قيمته للمشترى وفى رواية محمد دمه هدر كما بينا فى العتق قال واذا حفر العبد بئرا فى طريق المسلمين فوقع فيها رجل فقال المولى انا كنت أمرته بذلك لم يضمن عاقلته ولم يصدق على ذلك الا ببينة لان الجناية باعتبار الظاهر تعلقت برقبة العبد وصار المولى مخاطبا بالدفع أو الفداء فلا يقبل قوله فى ايجاب موجب الجناية على العاقلة الا بالبينة ولا فى تفريغ العبد عن موجب هذه الجناية اذا كذبه ولي الجناية وان صدقه ولى الجناية برئ العبد من الجناية بتصادقهما على ذلك والحق لا يعدوهما فتكون الدية فى مال المولى لان اقراره بالحفر كان من العبد بأمره بمنزلة اقراره بانه حفر بنفسه ولو وقع انسان فى بئر فى الطريق فأقر رجل بانه هو الذى حفر البئر كان مصدقا على نفسه دون عواقله وتكون الدية فى ماله فى ثلاث سنين واذا استأجر الرجل عبدا محجورا عليه وحرا يحفران له بئرا فوقعت عليهما فماتا فعلى المستأجر قيمة العبد للمولى لانه صار غاصبا العبد باستعماله وقد تلف فى عمله ثم تلك القيمة تكون لورثة الحر ان كان أقل من نصف الدية لان العبد صار جانيا على نصف الحر وقد فات وأخلف بدلا فيستوفى وليه ذلك البدل بحقه ثم يرجع بها المولى على المستأجر لان المقبوض استحق من يده بجناية كانت من العبد وفى ضمانه ثم المستأجر قد ملك العبد بالضمان وقد صار الحر جانيا على نصفه فيكون على عاقلة الحر نصف قيمة العبد المستأجر ولو كان العبد مأذونا له فى العمل لم يكن على المستأجر شيء لانه ليس بغاصب له وكان على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان الحر صار جانيا على نصف العبد ثم يكون ذلك لورثة الحر باعتبار جناية العبد على نصف الحر واذا حفر العبد بئرا فى الطريق بغير اذن مولاه ثم قتل قتيلا خطأ فدفعه مولاه الى ولي القتيل ثم وقع فى البئر انسان فمات فان ولى القتيل بالخيار ان شاء دفع نصفه وان شاء فداه بالدية لان العبد صار جانيا على الواقع فى البئر بالحفر السابق وباعتبار تلك الجناية يكون نصف قيمة حق ولى الواقع فى البئر (ألا ترى) أنه لو كان وقوع الواقع فى البئر قبل أن يدفع بجنايته كان العبد بينهما نصفين ولان المدفوع اليه بالجناية قد ملك جميعه لانه حين دفعه اليه العبد ما كان لاحد سواه حق فى العبد وبوقوع الواقع فى البئر لا يتبين أن حق وليه كان تاما يومئذ وانما

يثبت مقصوراعلى الحال ولكن بذلك السبب فلا يبطل به ملك المدفوع اليه العبد بذلك في شيء من العبد ولكنه في الخيار يقوم مقام المولى باعتبار ملكه فان شاء دفع اليه نصفه وان شاء فداه بالدية ولو وقع في البئر أولا انسان فمات فدفعه ثم قتل قتيلا خطأ فدفعه المدفوع اليه ثم وقع في البئر آخر فان ولي القتيل يدفع ثلثه الى الواقع في البئر آخرا أو يفديه بالدية لان العبد في الحاصل قاتل ثلاثة نفر اثنان في البئر وواحد بيده وقد صار حصة صاحب البئر الاول للذي قتله بيده مع حصته وذلك ثلثان من العبد والثلث منه حق ولي الواقع في البئر آخرا وقد قام المدفوع اليه مقام المالك فيه فيتخير بين أن يدفع الثلث أو يفديه بالدية . واذا حفر المدبر أو أم الولد بئرا في الطريق وقيمته ألف درهم فوقع فيها انسان فمات فعلى المولى قيمته لان جنايته بالحفر عند اتصال الوقوع به كجنايته بيده وجناية المدبر وأم الولد توجب القيمة على المولى به قضى أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه حين كان أميرا بالشام وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد وهذا لان المولى بالتدبير السابق صار مانعا دفع الرقبة بالجناية على وجه لم يصر مختارا فيكون ضامنا قيمته لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم بها فان وقع فيها واحد بعد واحد فماتوا وقد تغيرت قيمته فيما بين ذلك الى زيادة أو نقصان لم يكن على المولى الا قيمة ألف درهم يوم حفر بينهم جميعا بالسوية لانه ما منع الا رقبة واحدة فلا يغرم الا قيمة واحدة والجناية من المدبر سببها كان هو الحفر فيعتبر قيمته عند ذلك (ألا ترى) ان في الجناية بيده يعتبر قيمته حين جنى وكذلك لو مات المدبر قبل ان يقع فيها انسان أو أعتقه أو كاتبه أو فعل شيأ من ذلك بعد ما وقع فيها بعضهم ثم وقع فيها انسان فمات فعلى المولى قيمته لان جناية المدبر لا تتعلق برقبته فانه ليس بمحل الدفع وانما تجب القيمة على المولى ابتداء فموت المدبر وحياته وعتقه في ذلك سواء وكذلك لو جنى جناية بيده شارك أهلها في تلك القيمة لان المولى ما منع الا رقبة واحدة الا انه اذا كانت قيمته يوم جنى بيده ألفين فعلى المولى ألف درهم لهذا خاصة لان على المولى قيمته وقت جنايته فانه عند ذلك صار مانعا دفعه بالتدبير السابق وهذه الجناية الثانية وجدت منه الآن فعليه لصاحبها قيمته ألفان وقد غرم مرة ألفا فيغرم لهذا ألفا أخرى ثم يضرب هو في القيمة الاولى مع أهلها بتسعة آلاف لانه وصل اليه مقدار ألف فينتقص من حقه ذلك القدر ويضرب كل واحد من أصحاب البئر بعشرة آلاف فتكون القيمة بينهم على ذلك قال واذا استأجر أربعة رهط مدبرا ومكاتبا وعبدا وحرا يحفرون له بئرا

فوقعت عليهم من حفرهم فماتوا ولم يؤن للمدبر ولا للعبد فى العمل فيقول كل واحد منهم تالف بفعله وفعل أصحابه فيهدر ربع نفسه وتعتبر جناية أصحابه عليه فى ثلاثة أرباع نفسه ثم على المستأجر قيمة العبد والمدبر لمولاه لانه صارغا صبالها بالاستعمال والمدبر يضمن بالغصب كالقن ثم لورثة الحر ربع دية الحر فى رقبة كل انسان منهم ولولى المكاتب ربع قيمة المكاتب فى رقبة كل منهما فيضرب فى هاتين القيمتين ودية الحر بنصف دية الحر وورثة المكاتب بنصف المكاتب فيقسمان ذلك على هذا ثم يرجع مولاهما بذلك على المستأجر لان المقبوض استحق بجناية قيمة كانت منهما فى يد المستأجر فيثبت لهما حق الرجوع عليه فى رقبة العبد ثم للمستأجر على عاقلة الحر ربع قيمة كل واحد منهما لانه ملك العبد بالضمان وقد صار بمنزلة المالك للمدبر باستحقاق بدل نفسه بعد ما ضمن قيمته فلهذا رجع على عاقلة الحر بربع قيمة كل واحد منهما وله فى رقبة المكاتب ربع قيمة كل واحد منهما وقد كان للمكاتب فى رقبة كل واحد منهما ربع قيمته من القيمة التى أخلفها كل واحد منهما فيكون بعضه قصاصا من بعض ويترادان الفضل ولو مع قيمة المكاتب على عاقلة الحر لان الحر أتلف ربع المكاتب ثم يأخذ ذلك ورثة الحر باعتبار جناية المكاتب على ربع الحر الا أن يكون لهم أكثر من ربع الدية فيأخذون ربع الدية ويردون الفضل على مولى المكاتب ولكن هذا انما يستقيم على قول من يقول قيمة المملوك فى الجناية بالغة ما بلغت ولكل واحد من العبدين يعنى المدبر والعبد ربع قيمته فى قيمة الآخر ولكن ذلك على المستأجر له فلا يفيد اعتباره فان كان العبد انمأذونا لهما فى العمل فلا ضمان على المستأجر لانعدام الغصب وربع قيمة كل واحد منهما على عاقلة الحر وكذلك ربع قيمة المكاتب على عاقلة الحر وثلاثة أرباع دية الحر فى أعناقهم فى عنق كل واحد منهم ربع فاذا عقلت عاقلة الحر ربع قيمة كل واحد منهما وأخذ ذلك كل واحد منهم قلنا يؤخذ من مولى المدبر قيمة كاملة لانه صار مانعا بالتدبير السابق فيكون موجب جنايات المدبر القيمة عليه بعد أن يكون القيمة مثل ما عليه من ذلك أو أقل فيقسم ذلك بينهم يضرب فيه ورثة الحر بربع الدية ومولى العبد بربع القيمة ومولى المكاتب بربع القيمة وان كان المكاتب ترك وفاء أخذ من تركته تمام قيمته ان كانت قيمته أقل مما عليه من ذلك لان جنايات المكاتب اذا اجتمعت لا توجب الا قيمة واحدة فى كسبه ثم يضرب فيها ولى الحر بربع الدية ومولى العبد بربع القيمة ومولى المدبر بربع القيمة ثم يؤخذ من مولى العبد جميع ما أخذ من ذلك

لان المأخوذ بدل عبده وأولياء جناية العبد أحق بذلك من مولاه فيضرب فى ذلك ورثة الحر بربع دية الحر ومولي المدبر بربع قيمة المدبر ومولى المكاتب بربع قيمة المكاتب لان العبد كان جنى على ربع كل واحد منهم فلهذا كانت قيمة بدله بينهم

باب الجنايات بالكنيف والميزاب

(قال رحمه الله) واذا أخرج الرجل كنيفا شارعا من داره علي الطريق أو ميزابا أو مصبا أو صلاية من حائط فما أصاب من ذلك انسانا فقتله فعلى عاقلة الذى أخرجه ديته لانه متعد فى تسببه حتى شغل طريق المسلمين بما أحدثه فيه اما فى رقبة الطريق أو فى هواه فكل واحد منهما يحول بين المارة وبين المرور فى الطريق وفى الميزاب اذا أصاب الذى فى الحائط لا ضمان عليه فيه لانه غير متعد فى وضع هذا الطرف فى ملكه وقد بينا تفصيل هذه المسئلة ولو وضع خشبة على الطريق فتعقل به رجل فهو ضامن له لانه شغل رقبة الطريق بالخشبة التى وضعها فيه فهو بمنزلة ما لو بني فى الطريق دكانا أو جلس فيه بنفسه أو وضع ظله على الطريق فان وطيء المار على الخشبة ووقع فمات كان ضامنا له بعد أن لا يتعمد الزاق قال وهذا اذا كانت الخشبة كبيرة يوطأ على مثلها فان كانت صغيرة لا يوطأ على مثلها فلا ضمان على الذى وضعها لان وطأه على مثل هذه الخشبة بمنزلة تعمد الزلق أو بمنزلة التعقل بالحجر الموضوع على الطريق عمدا وذلك لا يوجب الضمان على واضع الحجر فطريان المباشرة على التسبيب بمنزلة ما لو حفر بئرا فى الطريق فألقى انسان نفسه فيها عمدا فان قال واضع الحجر ذلك انه تعمد التعقل به وكذبه الولي فهو علي الخلاف الذى بيناه فى البئر وفى قول أبى يوسف الاول القول قول الولي وفى قوله الآخر وهو قول محمد القول قول الواضع وهذا بخلاف واضع الجارح اذا ادعى أن المجروح مات بسبب آخر لان الجرح علة موجبة للضمان فبعد وجود العلة لا تقبل دعوى العارض المسقط وها هنا الواضع والحافر يدعي صلاحية العلة لاضافة الحكم اليه فانما يضاف الحكم الى الشرط عند عدم صلاحية العلة لذلك والاصل هو الصلاحية فكان هو متمسكا بالاصل معنى منكر السبب الضمان فلهذا كان القول قوله واذا تعقل الرجل بحجر فوقع على حجر ومات فان الضمان علي واضع الحجر الاول لانه دافع له بحجره على الحجر الثانى فكانه دفعه بيده وان لم يكن له واضع فهو على واضع الحجر لان وضع الحجر الثانى سبب وهو التعدى

واذا تعذر اضافة القتل الي ما دفعه عليه يجعل مضافا الى الحجر الثاني وأحد من هؤلاء يلزمه الكفارة ولا يحرم الميراث لانه سبب الكفارة وحرمان الميراث مباشرة قتل محظور

باب الغصب في الرقيق مع الجناية

قال رحمه الله واذا غصب الرجل من رجل عبدا فقتل العبد عنده قتيلا خطأ ثم اختصموا فان العبد يرد الى مولاه لان الغصب حرام مستحق الفسخ وفسخه بالرد على مولاه ولان موجب الجناية تخيير المالك بين الدفع والفداء والمالك هو المغصوب منه فهو المتمكن من دفعه بها دون الغاصب فيردها اليه ثم يقال له ادفعه أو افده أيّ ذلك فعل يرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما فداه به لان الرد لم يسلم له حين استحق من يده بجناية عند الغاصب فكأنه هلك في يد الغاصب ولان فسخ فعل الغاصب انما يحصل برده كما قبضه ولم يوجد لانه قبضه فارغا ورده مشغولا بالجناية فاذا لم ينفسخ حكم فعله كان ضامنا قيمته لمولاه الا أنه يعتبر الاقل لان المولي يتخلص بالاقل منهما فهو في التزام الزيادة مختار لحق الرجوع انما يثبت له بما تتحقق فيه الضرورة دون ما هو مختار له وذلك في مقدار الاقل واذا كانت قيمة العبد أقل فانما يرجع بقيمته يوم غصبه حتى ان كان زاد عنده خيرا فليس عليه من الزيادة شيء لان الرد لما لم يسلم له جعل كالهالك في يد الغاصب فانما يضمن قيمته يوم غصبه وان حدث فيه عيب قبل الجناية فهو ضامن ذلك للمولى لانه فات جزء منه وحق ولى الجناية في العبد على ما هو عليه عند الجناية فما وجب من الضمان على الغاصب قبل الجناية يسلم للمولي لفراغه عن حق ولي الجناية وان كانت عينه ذهبت عند الغاصب بعد الجناية واختار دفعه بالجناية فدفعه رجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه ويدفع نصفها الى ولى الجناية لان حق ولى الجناية كان في العين الذي ذهبت عند الغاصب والعين من الآدمى نصفه فلهذا دفع اليه نصف القيمة والنصف الآخر للمولى ويرجع المولى على الغاصب بالنصف الذى دفعه الى ولي الجناية لان ذلك استحق من يده بالجناية التى كانت عند الغاصب وان كان أعور قبل الجناية كان نصف القيمة للمولى لان حق ولي الجناية لم يثبت في هذه العين ويرجع المولى علي الغاصب بقيمته أعور لانه دفع العبد بالجناية التى كانت عند الغاصب وهو أعور فيرجع بتلك القيمة علي الغاصب واذا غصب الرجل عبدا فهو ضامن له ولما جنى عبده من جناية أو لحقه من دين ما بينه وبين قيمته ولا يضمن

أكثر من ذلك لان نفسه وماليته استحقت بما حدث عند الغاصب ولكن هذا الاستحقاق انما يتقدر فى مقدار قيمته ولان المولى كان يمنعه من هذه الاسباب لو كان العبد فى يده قائما يمكن منه بأن لم يمنعه الغاصب من ذلك فلهذا كان الضمان علي الغاصب واذا غصب عبدا فقتل عنده قتيلا ثم مات العبد فعلى الغاصب قيمته لانه تعذر رد عينه بالهلاك فى يده ثم يدفع المولى هذه القيمة الى ولى الجناية لان بنيته كانت مستحقة لولى الجناية وقد فاتت وأخلفت هذا البدل وحكم البدل حكم الاصل ثم يرجع المولي بقيمة أخرى على الغاصب لان القيمة الاولى استحقت بجناية كانت عند الغاصب ولو استحق عين العبد من يده بتلك الجناية رجع على الغاصب بقيمته فكذلك اذا استحقت القيمة يرجع على الغاصب بقيمة أخرى حتى تخلص له قيمته قائمة مقام عبده ولو لم يمت العبد ولكن ذهبت عينه فدفعه الي المولى أعور فقتل عنده قتيلا آخر ثم اجتمعوا فدفعه المولى بجنايته فانه يأخذ نصف قيمته من الغاصب باعتبار عينه التى فاتت عنده فيدفعها الى الاول لان حق الاول كان ثبت فى حق العين لقيامها عند جنايته وحق الثانى ما ثبت فى تلك العين فاذا سلم نصف القيمة للاول ضرب هو فى العبد المدفوع بالدية الا ما أخذ لان القدر المأخوذ سالم له فلا يضرب به وانما يضرب بما بقى من حقه ويضرب الآخر بالدية ثم يرجع المولى علي الغاصب بنصف القيمة التى أخذت منه لان ذلك استحق من يده بجناية كانت عند الغاصب ويرجع عليه أيضا بما أصاب الاول من قيمة العبد أعور لان استحقاق ذلك القدر من العبد بجناية كانت عند الغاصب ولا يرجع عليه بقيمة ما أصاب الباقي لان الجناية الثانية من العبد كانت عند المولى ثم يرجع أولياء الاول فيما أخذ المولى من ذلك بتمام قيمة العبد الى ما فى يده لان حقه ثبت فى عبد صحيح فارغ فما لم يسلم له كمال حقه لا يسلم شئ من بدل العبد للمولي وهذا ينبغى أن يكون على قول أبى حنيفة وأبى يوسف خاصة على ما نبينه فى المسئلة الثانية ثم يرجع المولى علي الغاصب بمثل ما أخذ منه لان الذى أخذه منه الاول استحقه بجناية كانت عند الغاصب فيكون قرار ذلك على الغاصب ولو غصب عبدا فقتل عنده قتيلا خطأ بأمره أو بغير أمره ثم رده الي المولي فقتل عنده آخر خطأ فاختار المولي دفعه بهما فانه يكون بينهما نصفين لاستواء حقهما فى رقبته ثم أخذ المولى من الغاصب نصف قيمة العبد استحق قبل الجناية الاولى بجناية كانت من العبد عند الغاصب ثم يدفع هذا النصف الى ولى قتيل الاول ويرجع بمثله أيضا علي الغاصب فيكون للمولى وهذا

قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر يأخذ المولى نصف القيمة من الغاصب فيسلم له ولا يدفعه الى الاول والقياس هذا لانه انما يرجع على الغاصب بقيمة نصف المدفوع الى ولى الجناية الاولى فلو أمر بدفع ذلك النصف اليه اجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد وذلك لا يجوز هذا ولان المصير الى القيمة عند عدم سلامة العين لتقوم القيمة مقام العين وذلك النصف سالم لولى الجناية الاولى فلا حق له فى بدلها والنصف الذى أخذه ولى الجناية الثانية فات ولم يخلف بدلا لان استحقاق ذلك النصف بجناية كانت عند المولى فلا يكون لولى الجناية الاولى أن يرجع على المولى بشئ وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا حق ولى الجناية الاولى ثبت في جميع العبد فارغا وانما سلم له نصف العبد فلا يجوز أن يسلم للمولى شئ من قيمة العبد مع بقاء نصف حق ولى الجناية الاولى ولكن يدفع اليه هذا النصف من القيمة حتى يسلم له كمال حقه نصف العبد ونصف قيمته بمنزلة مالو كانت الجناية الاولى عند المولى والجناية الثانية عند الغاصب فدفعه المولى بهما فانه يرجع بنصف القيمة على الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاتفاق الا أن محمدا رحمه الله يفرق بما ذكرنا أن رجوع الولي هناك بقيمة نصف المدفوع الى ولي الجناية الثانية لان تلك الجناية كانت عند الغاصب وقد كان حق ولى الجناية الاولي ثابتا فيه وها هنا رجوعه بقيمة النصف المدفوع الي ولي الجناية الاولى ولكنهما يقولان هذا فى ما بين الغاصب والمولي بدل عن النصف المدفوع الى ولي الجناية الاولي فاما فى حق ولى الجناية الاولي فلا يكون بدلا عن ذلك ولكنه يجعل بدلا عن النصف المدفوع الى ولى الجناية الثانية لان ذلك لم يسلم له بعد ما ثبت حقه فيه أو ما يأخذه ولى الجناية الاولى من القيمة لا يستحقه باعتبار انه بدل عن النصف الاول أو عن النصف الثانى وانما يستحقه باعتبار الجناية الحاصلة من العبد على وليه حال فراغه عن كل حق وصيرورته مقدما على المولي فى استحقاق جميع العبد به وهو بمنزلة الذمى يبيع خمرا يقضى بالثمن دين المسلم فان المقبوض يطيب للمسلم لانه فى حق البائع المقبوض ثمن الخمر وفى حق المسلم انما يأخذ ما يأخذه باعتبار دينه لا باعتبار انه بدل الخمر فيطيب له ذلك ثم ذكر الفصل الثانى ان العبد لو كان جنى الجناية الاولى عند المولي والثانية عند الغاصب فدفعه المولى بهما فانهما يقتسمان العبد نصفين ثم يرجع المولي على الغاصب بنصف القيمة وهو بدل ما استحقه ولي الجناية الثانية فيدفعه الى الاول ثم لا يرجع المولي بشئ من ذلك علي الغاصب لان استحقاق هذا النصف من القيمة كان بجناية

من العبدعندالمولى والغاصب غصب العبد مشغولا بالجناية الاولى ثم رد نصف القيمة كذلك مشغولا بالجناية ولو رد جميع القيمة فاستحقها ولى الجناية الاولي بعد ما هلك العبد عنده لم يرجع المولي عليه بشيء وكذلك اذا رد نصف القيمة فاستحقه ولى الجناية الاولي ثم بنى المسائل الى آخر الباب بعد هذا علي فصل مختلف فيه وهو ان جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله معتبرة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول صاحبيه هدر وأما جنايته علي الغاصب أو علي مال الغاصب فهدر فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما معتبر وجه قولهما ان العبد بعد الغصب باق علي ملك المغصوب منه والغاصب منه كالاجنبي بدليل أن التصرفات المختصة بالملك تنفذ فيه من المولى دون الغاصب وكذلك فى حكم الجناية حتى لو جنى على أجنبي كان المولي هو المخاطب بالدفع أو الفداء دون الغاصب ثم رجوع المولى على الغاصب يكون بسبب الغصب لا بسبب الجناية وذلك انه يقرر ملك المولى اذا ثبت هذا فنقول جناية المملوك علي مال مالكه أو على نفسه فيما يكون خطأ هدرا مالان المستحق بهذه الجناية من مملوك له على نفسه فى نفسه أو ماليته والمالك لا يستحق ملكه لنفسه على نفسه أولان جناية المملوك فيما يكون موجبا للمال كجناية المالك وجنايته على نفسه وعلى مال نفسه هدر فكذلك جناية مملوكه عليه يدل عليه ان بسبب الملك تهدر جناية المولى على مملوكه وجناية المملوك علي مولاه فيما يكون موجبا للمال ثم في أحد الحكمين المغصوب كغيره حتى ان المغصوب منه اذا قتل العبد المغصوب كان ذلك هدرا واذا قتله الغاصب كان معتبرا فكذلك فى الحكم الآخر قلنا تهدر جناية العبد علي المغصوب منه فتعتبر جنايته على الغاصب لان الغاصب من ملك الرقبة كاجنبي فلهذا تعتبر جنايته علي العبد وكذلك تعتبر جناية العبد عليه بمنزلة مالو كان العبد فى جنايته وديعة أو عارية وبان كان مغصوبا على الغاصب فكذلك لا يدل اعتبار جنايته علي مولاه كالعبد المرهون اذا جنى علي الراهن لا تعتبر جنايته وان كان مضمونا علي المرتهن بالقبض * يوضحه أن فى اعتبار جنايته علي الغاصب فائدة وهو ان يتملك الغاصب رقبته علي المولى بسبب الجناية وما ثبت له هذا الحق بسبب الغصب بل كان عليه رد العين وللانسان فى ملك الغير غرض فينبغي أن تعتبر جنايته عليه ليتملك به العبد وان كان المولى يرجع عليه بقيمته اذا دفعه اليه بالجناية وأبو حنيفة رحمه الله يقول الغاصب فى حكم جناية المغصوب كالمالك باعتبار المال والمغصوب منه بمنزلة الاجنبي * الدليل عليه أنه لو جني علي أجنبي آخر كان قرار ضمان الجناية على الغاصب

واستحقاق ضمان جناية العبد على مالكه فلما كان قرار ضمان جنايته على الغاصب هاهنا عرفنا انه صار كالمالك فى حكم ضمان الجناية والمولى كالاجنبي* يوضحه ان اهدار جناية المملوك على المالك ليس لعين الملك بل لان اعتبارها غير مفيد (ألا ترى) انه لو قتل مولاه عمدا فانه تعتبر جنايته عليه فى حكم القصاص لانه مفيد فاذا عرفنا هذا فنقول هاهنا لو اعتبرنا جنايته على مولاه أو على مال مولاه كان مفيدا لانه ثبت للمولى حق الرجوع على الغاصب باعتباره بعد ما أخذ العبد كما لو جنى على غيره فلكونه مفيدا وجب اعتباره بمنزلة جناية المولى على عبده المديون فانه يكون معتبر الحق الغرماء لان ذلك مفيد لا فائدة فى اعتبار جنايته على مال الغاصب لانه يستحق به ماليته ثم يرجع المولى بتلك المالية فأى فائدة تكون فى اعتبار هذه الجناية فى جنايته على نفس الغاصب قال بعض مشايخنا رحمهم الله فى قول أبى حنيفة رحمه الله لاستحقاق ملك العبد بها على قياس مسئلة أطلق جوابها فى آخر الباب كما بيناه والاصح ان الخلاف فيهما جميعا وهذا لان المجنى عليه لا يستحق رقبة العبد الا باختيار المولى الدفع اليه والمولى مخير بين الدفع وبين الفداء فانما يكون المستحق به المالية فقط ولهذا لو أعتقه المولى قبل العلم بالجناية نفذ عتقه ولم يغرم الا قيمته فهو من هذا الوجه بمنزلة الجناية على ماله وقد بينا الفرق بين هذا وبين جناية المرهون على الراهن فى كتاب الرهن ان اعتبار جناية المرهون لحق المرتهن ولا فائدة للمرتهن فى اعتبار جنايته على الراهن* يوضح الفرق ان ضمان الرهن ليس بضمان مال فانه وان تقرر لا يوجب الملك للمرتهن فلو اعتبرنا جنايته وجعلنا قرار ذلك المرتهن لا يتبين به أن العبد مملوك للمرتهن وهاهنا ضمان الغصب اذا تقرر أوجب الملك للغاصب من وقت الغصب فيتبين ان جنايته على المغصوب منه جناية على غير المالك فلهذا اعتبرنا ذلك وان جنايته على العبد المغصوب جناية على المالك فلهذا لا يعتبر فوضح كلام أبى حنيفة بما استشهد به في الكتاب ان العبد المغصوب لو قتل نفسه جعل الغاصب ضامنا لقيمته وكذلك اذا قتل عبدا آخر للمغصوب منه بل أولى فان جنايته على غيره أقرب الى الاعتبار من جنايته على نفسه ثم لما اعتبرنا جنايته على نفسه هاهنا وجب الضمان على الغاصب وان كان هو ملكا للمغصوب منه فكذلك جنايته على عبد آخر للمغصوب منه فان قيل نحن لا نعتبر جنايته على نفسه ولكنا نجعل قتله نفسه كموته فى يد الغاصب فكذلك قتله عبدا آخر المغصوب منه يجعل كموت ذلك العبد قلنا لا كذلك فانا لو لم نعتبر جنايته فى ايجاب الضمان على الغاصب لزمنا جعل

جنايته كجناية مالكه على ماقالا ان جناية المملوك فى حكم الضمان كجناية المالك فلو قتله المغصوب منه لم يجب شيء فكان ينبغي اذا قتل المغصوب نفسه ان لا يجب شيء على الغاصب أيضا واستدلالهما بهذا الفصل ساقط لأن المغصوب منه بقتل العبد يصير مستردا له فينعدم به الضمان الذى باعتباره كان هو كالاجنبي والغاصب كالمالك وذلك لا ينعدم بجناية المغصوب على أحدهما فلهذا افترقا قال الشيخ الامام اذا عرفنا هذا احتجنا الى بيان المسائل فنقول لو غصب عبدا وجارية فقتل كل واحد منهما عنده قتيلا ثم قتل العبد الجارية ثم رده الغاصب الى المولى فاختار دفعه فانه يضرب فيه أولياء قتيله بالدية وأولياء قتيلها بقيمتها لانه جنى عليها وهى مشغولة بحق أولياء قتيلها فكذلك يعتبر جنايته عليهم ثم يرجع المولي على الغاصب بقيمة العبد وقيمة الجارية لان الجارية كانت مضمونة عليه ولم يوجد الرد فيها أصلا والرد فى العبد لم يسلم حين استحق بجنايته عند الغاصب فاذا استوفى قيمته من قيمة الجارية الى أولياء قتيلها لانها ماتت وأخلفت عوضا وقد كانت نفسها مستحقة لاولياء قتيلها فيكون لهم أن يأخذوا ما بقي من حقهم من قيمتها ثم يرجع به المولى على الغاصب لان ذلك استحق من يده بجناية كانت جنتها عند الغاصب ويأخذ أولياء قتيل العبد من قيمة العبد تمام قيمة العبد لان حقهم كان قد ثبت فى جميع العبد فارغا ولم يسلم لهم الا البعض وقد أخلف العبد عوضا فيستوفى مابقى لهم من قيمة العبد ويرجع بذلك المولى علي الغاصب ولو اختار المولى الفداء وأدى دية قتيل العبد وأدى قيمة الجارية الي ولى قتيل الجارية لان فداء العبد انما يكون بارش جنايته وجنايته كانت علي الحر وعلي الجارية ثم يرجع على الغاصب بقيمة العبد والجارية لانعدام الرد فى الجارية وانعدام سلامة الرد فى العبد بدون الارش وتأويل ماذكر فى هذه المسئلة فيما اذا كان الغاصب بعيدا أو كان غائبا فاذا كان حاضرا وتمكن المولى أخذها منه فتخرج المسئلة على وجه آخر كما ذكره بعد هذا وهذه المسئلة انما ذكرها فى نسخ أبى حفص رحمه الله فاما فى نسخ أبى سليمان رحمه الله فانما ذكر المسئلة الطويلة وبين التقسيم فى الجواب فقال اذا اغتصب عبدا وجارية وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل كل واحد منهما عنده قتيلا ثم قتل العبد الجارية ثم رده على المولى فانه يرد معه قيمة الجارية لتعذر ردها بالهلاك ثم يدفع المولى هذه القيمة الى ولي قتيل الجارية لانها كانت مستحقة له وقد ماتت وأخلفت قيمة فهو أحق بقيمتها ثم يرجع بها على الغاصب لان استحقاق قيمتها من يده بجنايتها عند الغاصب كاستحقاق عينها فيرجع بقيمتها مرة أخرى

لتقوم مقام الجارية للمولى فارغة كما غصبها ثم يخير المولى فى العبد بين الدفع والفداء فان اختار الفداء أفداه بالدية ورجع بقيمته على الغاصب وهذا قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فأما على قولهما ان اختار الفداء أفداه بالدية لولى قتيل الغلام ولا يرجع بقيمته على الغاصب وان اختار الدفع دفعه الى ولي قتيل الغلام والى الغاصب على أحد عشر سهما لان قيمة الجارية لما تقررت علي الغاصب فقد ملكها بالضمان فظهر ان العبد المغصوب جنى علي أمة الغاصب وهو هدر فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو معتبر فاذا اختار الفداء وفداء العبد بالدية فقد استوجب هو الرجوع بقيمة العبد على الغاصب واستوجب الغاصب الرجوع عليه بقيمة الامة لاختياره الفداء أو اعتباره جناية العبد على الامة فيقع المقاصة لاستواء القيمتين فلهذا لا يرجع علي الغاصب بشئ وان اختار الدفع فقد اجتمع فى العبد جنايتان معتبرتان جناية علي الحر فيضرب ولى الحر فيه بالدية وجناية على الامة فيضرب الغاصب فيه بقيمتها وهو ألف درهم فاذا جعلت كل ألف سهما كان العبد بينهما على أحد عشر سهما عشرة لولي قتيل الغلام وجزء للغاصب ثم يرجع المولي على الغاصب بقيمة الغلام لان الغلام استحق من يده بجنايته عند الغاصب فيدفع منها جزأ من أحد عشر جزأ الي ولي قتيل الغلام لان حقه كان يثبت فى جميع العبد فارغا عشرة وانما سلم منه جزاء وقد فات الجزء الواحد وأخلف بدلا فاذا دفع ذلك اليه رجع به على الغاصب أيضا لانه استحق بجنايته عند الغاصب فاذا رجع به صار فى يد المولي قيمة الغلام تامة وقيمة الجارية صار فى يد ولي قتيل الغلام عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من العبد وجزأ من أحد عشر من قيمته وصار فى يد الغاصب من الغلام جزء من أحد عشر جزأ وصار فى يد ولى قتيل الجارية قيمة الجارية فان كان الغاصب معسرا ولم يقدر عليه ليؤخذ منه قيمة الجارية واختار المولى الدفع فان قال ولى قتيل الجارية لا أضرب بقيمة الجارية فى الغلام ولكنى أنظر فان خرجت قيمة الجارية أخذتها كان له ذلك لان لحقه محلين فله أن يختار أيهما ثم فى قياس قول أبى حنيفة يدفع الغلام كله الي ولي قتيل الغلام لان جنايته على الام غير معتبرة عنده كما بينا فانها باعتبار المآل للغاصب فاذا دفعه الي ولي قتيله رجع على الغاصب بقيمته وبقيمة الجارية فيدفع قيمة الجارية الى ولى قتيلها ثم يرجع به عليه فيصير فى يده قيمتان فاما فى قياس قول أبى يوسف ومحمد يدفع من العبد عشرة اجزاء من أحد عشر جزأ الى ولى قتيل الغلام ويترك الجزء فى يديه لان جنايته على الامة جناية معتبرة

وهذا الجزء الفائت في حقه ولكنهما لم يؤد قيمتها لا تتمكن من قبض هذا الجزء فيترك فى يد المولى حتى اذا خرجت قيمة الجارية أخذها المولى فيدفعها الى ولى قتيلها ثم يرجع بها على الغاصب ثم يقال للمولى ادفع هذا الجزء الى الغاصب أو افده بقيمة الجارية فان دفعه رجع عليه بقيمة الغلام فيدفع منها الى ولي قتيل الغلام جزأ من أحد عشر جزأ بدل مالم يسلم له من العبد ويرجع به علي الغاصب وان فداه فانما يفديه بقيمة الجارية ولكنه يرجع بقيمة الغلام على الغاصب والقيمتان سواء فيكون أحدهما قصاصا بالاخرى ويدفع مكان ذلك الجزء الى ولي قتيل الغلام جزأ من أحد عشر جزأ من قيمته لانه بطريق المقاصة صار مستوفيا لقيمته كانه استوفاه حقيقة ثم يرجع بقيمته علي الغاصب لان استحقاق ذلك من يده كان بجناية العبد عند الغاصب وان قال ولى قتيل الجارية أنا أضرب فى الغلام بقيمتها دفع اليهما فيضرب فيه ولى قتيل الجارية بقيمتها وولى قتيل الغلام بالدية فيكون بينهما على أحد عشر كما بينا فان قدر الغاصب أو أيسر أدى الي المولى قيمة الغلام وقيمة الجارية لانعدام الرد فى الجارية أصلا ولانعدام سلامة الرد فى الغلام فيدفع من قيمة الغلام الي ولي قتيل الغلام جزأ من أحد عشر جزأ من قيمته بدل مالم يسلم له من العبد ويرجع به على الغاصب وقال وليس لولي قتيل الجارية الا ما أصابه من الغلام ولا يعطى من قيمة الجارية شئ وقد ذكر قبل هذا فى المسئلة القصيرة انه يعطي من قيمة الجارية الى أولياء قتيلها تمام قيمتها ففى هذا الجواب روايتان وقد بينا وجه تلك الرواية ان حقهم كان ثابتا فى جميعها فيعطون من بدلها كمال حقهم ووجه هذه الرواية ان ما استوفى ولى قتيل الجارية من العبد كان بمقابلة الجارية فيكون استيفاؤه ذلك الجزء بمنزلة استيفائه جميع قيمتها فلا يكون له أن يرجع بشئ آخر بعد ذلك وهذا لانه كان مخيرا بين شيئين فاذا اختار أحدهما يعين ذلك له ولا يبقى له فى المحل الآخر حق كالمغصوب منه اذا اختار تضمين الغاصب الاول أو الثانى وان اختار المولى الفداء فداه بعشرة آلاف وبقيمة الجارية ثم يرجع على الغاصب بقيمة الغلام وبقيمتين فى الجارية قيمة مكان القيمة التى أداها الى أولياء جنايتها وقيمة أخرى بالغصب ليسلم له مكان الجارية وهذا قول أبى حنيفة فاما علي قياس قولهما اذا أدى الغاصب قيمة الغلام وقيمة الجارية صار كأن الجارية كانت له لتقرر ضمانها عليه فيقال للمولى ادفع جزأ من أحد عشر جزأ من العبد اليه أو افده بقيمة الجارية وأي ذلك فعل لم يرجع علي الغاصب بشئ لما بينا من حكم المقاصة فيما يرجع كل واحد منهما على

صاحبه هذا تمام بيان هذه المسئلة قال ولو غصب عبدا ثم أمره أن يقتل رجلا فقتله ثم رده الى مولاه فقتل عنده آخر ثم عفا ولى قتيل الاول عن الدية كان على المولى أن يدفع نصفه الى ولي قتيل الآخر أو يفديه بالدية لان حقه ما ثبت فى العبد الا وهو مشغول بالجناية الاولى فلم يستحق من العبد الا نصفه ثم بعفو الاول لا يزداد حق الثانى وسواء دفعه أوفداه لم يرجع علي الغاصب بشئ لان الرد قد سلم فى حق الغاصب فان لم يستحق شئ من العبد بالجناية التى كانت عند الغاصب أو قد فرغ من تلك الجناية فهو كما كان مريضا فرده ثم برأ ولو دفعه اليهما قبل العفو ثم عفا الاول عما بقى له رجع المولي على الغاصب بنصف قيمته وهو بدل ما أخذه ولى الجناية الاولى لانه استحق ذلك بجنايته عند الغاصب والعفو انما ينصرف الي ما بقى لا الى ما استوفى فاذا أخذ نصف القيمة لم يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه أسقط ما بقى من حقه بالعفو واذا سلم ذلك للمولى لم يرجع به علي الغاصب مرة أخرى قال واذا اغتصب الرجل عبدا واستودع مولى العبد الغاصب أمة فقتل العبد قتيلا عند الغاصب ثم قتل الامة فانه يكون على الغاصب قيمة العبد لهلاكه عند الغاصب فاذا أخذها المولى دفعها الى أولياء القتيل لان العبد قد مات وأخلف القيمة وقد كانت نفسه مستحقة لاولياء القتيل ثم يدفع الغاصب قيمة أخرى الى المولى ليسلم له مكان العبد ثم يقال للمولى ادفع مثل الوديعة الى الغاصب أوافدها بقيمة العبد لان العبد بالضمان صار مملوكا للغاصب وجناية الامة الوديعة على عبد المودع معتبرة فيخير مولاها بين الدفع أو الفداء ولو كان العبد هو الذى قتل الامة مع قتله الحر فاختار المولى الدفع قسم العبد على دية القتيل وقيمة الامة فى قول أبى حنيفة فيأخذ أولياء القتيل من ذلك ماأصاب الدية ويأخذ المولى ماأصاب قيمة الامة ويضمن له الغاصب تمام قيمة الامة ويرجع المولى على الغاصب من قيمة العبد بمثل ما أخذ أولياء القتيل لان العبد المغصوب جنى على أمة المغصوب منه ومن أصل أبى حنيفة ان جنايته على المغصوب منه وعلي ماله معتبرة فأما على قول أبى يوسف ومحمد لا يضرب المولى بشئ من قيمة أمته فى العبد لان عندهما جناية المغصوب علي مال المغصوب منه هدر وكون الامة أمانة للمغصوب منه فى يد الغاصب ككونها فى يد المغصوب منه فانما يدفع المولى العبد كله الى أولياء الجناية ويرجع بقيمته على الغاصب قال ولو غصب فانما يدفع المولي العبد كله الى أولياء الحر ثم يرجع بها على الغاصب فيكون له ثم يقول ادفع الولد الى الغاصب أوافده بقيمة الامة لان الولد كان أمانة

للمغصوب منه في يده وقد ملك الامة بالضمان وقد بينا أن جناية الامانة على مال الامين معتبرة فيخير المولى بين الدفع أو الفداء لذلك قال ولو غصب رجلان عبدا فقتل في يدهما قتيلا ثم قتل أحدهما قيل للمولى ادفعه الى أولياء القتيلين نصفين فمن قال من أصحابنا رحمهم الله ان على قول أبي حنيفة رحمه الله جناية المغصوب على الغاصب معتبرة وانما لا يعتبر جنايته على مال الغاصب بما يستدل به في هذه المسألة فانه جعل جنايته على أحد الغاصبين كجنايته على الاجنبي حيث قال العبد بينهما نصفان ومن يقول جنايته على الغاصب هدر عنده يقول هذا الجواب قولهما فاما في قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يسلم ثلاثة أرباع العبد الاجنبي وربعه لولي الغاصب المقتول لان الجناية عليه انما تعتبر من النصف الذي هو غير مضمون عليه أما من النصف الذي هو مضمون عليه لا تعتبر عنده لان ضمان الغصب بمنزلة الملك فهو كجناية العبد المشترك على أحد الشريكين خطأ ثم اذا دفع العبد الى أولياء القتيلين رجع على الغاصبين بقيمته لان الرد لم يسلم فيدفع نصفها الى ولي قتيل الاول لانه استحق جميع العبد فارغا ولم يسلم له الا النصف وقد فات النصف الآخر وأخاف بدلا ثم يرجع به على الغاصب الاول يعني الحي منهما وفي مال الغاصب المقتول لان ذلك استحق بيده بجناية كانت عندهما فيكون ذلك له ولا يرجع فيها واحد من الغاصبين بشئ لان حق الغاصب المقتول ما يثبت الا في النصف العبد فانه جنى عليه وهو مشغول بالجناية الاولى وقد سلموا له نصفه والله أعلم

﴿ باب جناية المكاتب ﴾

(قال رحمه الله) واذا جنى المكاتب جناية خطأ فعليه أن يسعى في الاقل من ارشها ومن قيمتها يوم جنى لان المكاتب أحق بمكاسبه بمنزلة الحر ولا عاقلة له وهذا بخلاف المدبر وأم الولد فان بجنايتهما تجب القيمة على المولى لان الحق في كسبهما للمولى هناك يوضح الفرق ان المولى صار مانعا دفع الرقبة هناك بالتدبير السابق وهاهنا المكاتب صار مانعا دفع رقبته بقبول عقد الكتابة فيكون عليه موجب الجناية فان قيل لا بل المولى صار مانعا دفع رقبته بايجاب الكتابة قلنا لا كذلك فانه لا يتعذر دفع الرقبة بايجابه هاهنا وانما يتعذر بقبول المكاتب ثم لا يتعذر الدفع بمجرد عقد الكتابة بل باستبراء أمته لانه بعد الفسخ يمكن دفعه بالجناية واستبراء أمة المكاتب دون المولى فان للمكاتب أن يعجز نفسه فيفسخ العقد وليس للمولى

ذلك فهذا كان موجب الجناية على المكاتب ثم ان كان الارش أقل فبأدائه قد وصل الى المستحق كمال حقه وان كانت قيمته أقل فهو ما منع الا رقبته فلا يلزمه أكثر من قيمته يوم جنى لانه لو كان بمحل الدفع استحق ولى القتيل نفسه حين جنى فاذا كان الدفع متعذرا يعتبر قيمته يوم جنى ثم الاصل عندنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وعند زفر موجب جنايته القيمة دينا فى ذمته ابتداء وانما يتيسر هذا فى فصول أحدها اذا عجز قبل قضاء القاضى يسعى عندنا ويدفع بالجناية أو يفدى وعند زفر يباع فى قيمته كما يباع فى دين آخر لو كان عليه لان دفعه بالجناية ممتنع عند الجناية لحقه فيكون موجب الجناية القيمة ابتداء كما فى المدبر وأم الولد وعندنا الدفع وان كان متعذرا فى الحال ولكن لم يقع اليأس عنه لعد العجز فلتوهم الدفع تعلقت الجناية برقبته فاذا عجز تقررت الجناية فى رقبته فيدفع بها أو يفدى بخلاف المدبر وأم الولد وفى الحقيقة انما تنبنى هذه المسئلة على أن مجرد الكتابة هل يوجب حق العتق للمكاتب عند زفر يوجب ولهذا لا يجوز اعتاقه عن الكفارة وعندنا لا يوجب ولهذا جوزنا اعتاقه عن الكفارة فتتعلق الجناية برقبته وانما يتحول الى القيمة عندنا باحدى معان ثلاثة اما قضاء القاضى بالقيمة لان بقضائه يتحقق معنى تعذر الدفع فيتحول الحق الى القيمة كما اذا قضى القاضى بالقيمة فى المغصوب الآبق أو بعتق المكاتب لانه يتحقق اليأس عن الدفع بالعين أو بموته عن وفاء لانه يؤدى كتابته ويحكم بعتقه فى حال حياته فيتحقق اليأس عن الدفع ويتقرر حق ولى الجناية فى القيمة فاذا عرفنا هذا فنقول اذا جنى المكاتب ثم جنى فان كان القاضى قضى للاول بالقيمة قبل الجناية الثانية فعليه أن يسعى لولى الجناية الثانية فى الاقل من ارشها ومن قيمتها لان بقضاء القاضى تحول حق الاول الى القيمة دينا فى ذمته وفرغت الرقبة منه فيثبت فيها حق ولى الجناية الثانية وكذلك فى كل جناية يجنيها بعد القضاء بما قبلها وان لم يكن القاضى قضى فى الاول بشئ فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجنايتين عندنا لان حق الوليين فى الرقبة معتبر حتى لو عجز دفع اليهما فلا يلزمه الا قيمة واحدة بجميع الرقبة وعند زفر هذا وما بعد القضاء سواء لان حق كل واحد منهما ثبت فى القيمة فى ذمته ابتداء وفى الذمة سعة فان كانت الجناية نفسا وقيمته أكثر من عشرة آلاف سعى فى عشرة الا عشرة دراهم لان قيمة المملوك بسبب الجناية لا تزيد على هذا المقدار فكذلك فى الجناية منه لان فى الموضعين وجوب القيمة بسبب الجناية فان قتل المكاتب رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم

قتل آخر خطأ وقيمته ألفان فانه يقضي عليه أن يسعى فى ألفين ألف منها للآخر خاصة لان المعتبر قيمته حين جنى وقد جنى على الاول وقيمته ألف وجنى على الثانى وقيمته ألفان فالالف الثانية يختص بها ولى الجناية الثانية اذ لا حق فيها لولى الجناية الاولى وفى مقدار ألف يثبت حقهما فيقسم بينهما على تسعة عشر سهما قال واذا قتل المكاتب قتيلين خطأ فقضي عليه بنصف الدية لاحدهما والآخر غائب ثم قتل آخر ثم عجز فاختار المولى الدفع فانه يدفع نصفه الى الثالث ويتبعه الاول بنصف القيمة فيباع ذلك النصف فيه لان في النصف تحولت الجناية بقضاء القاضى الى القيمة دينا فى ذمته ثم جنى الجناية الثالثة يتعلق حق وليها بهذا النصف وقد اجتمع في هذا النصف جناية ودين فيدفع بالجناية أولا ثم يباع فى الدين لابقاء الحقين ويدفع النصف الآخر الى الثالث والاوسط لان حقهما جميعا يتعلق بذلك النصف فاذا دفع اليهما ضرب فيه الاوسط بعشرة آلاف لانه ما استوفى شيئا من حقه وضرب فيه الثالث بخمسة آلاف لان باستيفائه نصف العبد قد صار مستوفيا نصف حقه وانما بقي من حقه النصف فاذا ضرب بخمسة آلاف كان هذا النصف بينهما أثلاثا قال واذا جنى المكاتب جناية ثم مات ولم يترك الا مائة درهم وكتابته أكثر من ذلك ولم يقض عليه بالجناية فالمائة لمولاه لانه مات عاجزا وقد انفسخت الكتابة وكانت الجناية فى رقبته فيبطل حق ولى الجناية بموته لفوات محل حقه والمائة كسبه فهى لمولاه وهى على قول زفر المائة لولي الجناية لان جنايته كانت دينا والدين يقضى من كسبه بعد وفاته ولو ترك وفاء بالجناية والمكاتبة كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان عقد الكتابة يبقى هاهنا فيستوفى المولى المكاتبة ويحكم بحريته بحياته فتصير جنايته دينا فى ذمته بخلاف الاول ولو كان عليه دين مع ذلك بدئ بالدين لان الدين أقوى فانه مطلوب به قبل العجز وبعده مستوفيا من تركته سواء مات عن وفاء أو عن عجز بخلاف الجناية وعند الاجتماع يبدأ بالاقوى وروى عن قتادة انه قال قلت لسعيد ابن المسيب أخطأ شريح وان كان قاضيا وانما القضاء ما قضى به ويبدأ به فى تركة المكاتب بدينه قال نعم فاذا قضى الدين بقيت الجناية وبدل الكتابة وفيما بقي وفاؤهما فيكون الحكم ما بينا فى الفصل الاول وان كانت الجناية قد قضى بها حاص وليها صاحب الدين بالتركة لانه صار دينا متأكدا بقضاء القاضى كسائر الديون فالحاصل ان الدين أقوى الحقوق والكتابة أضعف الحقوق عليه من حيث انه لا يحبس به فى حال حياته والجناية تتوسط بينهما من حيث

انه يقضى بها عليه فى حياته ويحبس لاجلها ولا تقضى من تركته بعد موته فلهذا بدأنا بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة الا أن تتأكد الجناية بقضاء القاضي فحينئذ هى كالدين وهذا بخلاف حال حياة المكاتب فانه اذا قضى بكسبه بدل الكتابة كان ذلك سالما للمولى لان الحقوق فى ذمته وذمته تتقوى بعتقه فكان التدبير اليه فى تقديم ما بينا من ذلك فاما بعد الموت الحقوق فى ماله فيبدأ بالاقوى لهذا ولو مات المكاتب وترك ولدا قد ولد له فى مكاتبته من أمته وعليه دين وجناية قد قضى بها أو لم يقض بها سعى الولد فى الدين والجناية والمكاتبة لان عقد الكتابة يبقى ببقاء من يؤدى وما يبقي ببقاء مايؤدى به يصير الجناية مالا ثم لا يجبر على أن يبدأ من ذلك بشئ لانه خلف عن أبيه فكان بقاؤه كبقاء الاب وللاب في حال حياته أن يبدأ بأى ذلك شاء لانه بالبداءة بالكتابة يحصل العين لنفسه وتتقوى ذمته وهذا المعنى موجود فى حق الولد بخلاف المال فهناك القاضى هو الذى يؤدى الحقوق من تركته فعليه أن يبدأ بالاقوى لهذا اذا عجز الولد ورد فى الرق بعد ما قضى عليه بالجناية بيع وكان ثمنه بين الغرماء وأصحاب الجناية بالحصص وان عجز قبل القضاء بالجناية بطلت الجناية لان الولد قائم مقام أبيه وانفساخ الكتابة بعجزه كانفساخها بعجز الاب فى حياته الا أن هناك الجناية متعلقة قبل القضاء فيدفع بها ثم يباع فى الدين وههنا الجناية غير متعلقة برقبة الولد ولكن فات محل الجناية بموت الجانى حين ظهر العجز فلهذا بيع الولد فى الدين خاصة فان كانت أم الولد حية حين مات المكاتب ولا دين على المكاتب وقد قضى عليه بالجناية أو لم يقض فان على الام والولد السعاية فى الاقل من قيمة المكاتب ومن ارش الجناية مع بدل الكتابة لانهما يستفيدان العتق بالاداء فيقومان مقامه بالسعاية فيما عليه فان قضي عليهما بها أو لم يقض حتى قتل أحدهما قتيلا خطأ قضى عليه بقيمته لولى القتيل لان كل واحد منهما بمنزلة المكاتب حين كان يسعى فى بدل الكتابة ليعتق فيقضى عليه بقيمته فى جنايته وهذا لا يشكل ان كان قضى عليهما بجناية المكاتب وكذلك ان لم يقض عليهما لان حق ولى الجناية المكاتب لا يتعلق برقبتهما حتى لو عجزا لم يدفع واحد منهما بتلك الجناية فلهذا قضى على الجانى منهما بقيمته لولى القتيل سوى ما عليهما لولي جناية المكاتب فان عجز بعد ذلك بيع كل واحد منهما فى جنايته خاصة فان فضل من ثمنه شئ فالفضل لولي جناية المكاتب لان دين نفسه فى تعلقه بماليته أقوى من دين الغير فلهذا كانت البداءة بما وجب علي كل واحد منهما بسبب جنايته فلو ماتت المكاتبة وتركت مائة

درهم وابنا ولدته فى مكاتبتها وعليها دين وقد قتلت قتيلا خطأ فقضى بها أولم يقض فانه يقضى علي الابن أن يسعى فى المكاتبة والدين والجناية ثم تلك المائة بين أهل الجناية والدين بالحصص لان المكاتبة غير عاجزة مادام لها ابن يسعى في المكاتبة فتكون جنايتها دينا فى هذه الحالة يقضى من كسبها كسائر الديون وان استدان الابن دينا وجني جناية فقضى عليه بذلك مع ما قضى عليه من دين أمه وجنايتها فعليه أن يسعي فى ذلك كله لانه بمنزلة المكاتب فان عجز بيع فى دينه وجنايته خاصة فان فضل من ثمنه شئ كان فى دين أمه وجنايتها بالحصص لان دين نفسه فى ثمنه مقدم على دين امه وان كان انما عجز قبل أن يقضى عليه بجنايته دفعه مولاه بها أو فداه لان حق ولى جنايته فى رقبته فيخير المولى بعد عجزه واذا دفعه تبعه دينه خاصة فيبيع فيه دون دين أمه وجنايتها فان فضل من ثمنه شئ لم يكن لصاحب دين الام وجنايتها عليه سبيل لانه ما تبعها شيء من ذلك فى ملك المدفوع اليه بالجناية فان جنايته مقدمة فى رقبته علي الدين الذى لحقه من قبل امه بخلاف دين نفسه فانه يتبعه فى ملك المدفوع اليه لان حق ولى الجناية فى ماليته غير مقدم علي حق غريمه ولو فداه المولي فقد ظهر بالفداء من جنايته فيباع فى دينه فان فضل من ثمنه شيء كان فى دين أمه وجنايتها لان هذا الفضل باق على ملك المولى وفى ملك المولى دين الام وجنايتها يقضى من مالية الولد واذا جنى المكاتب ثم مات قبل أن يقضى عليه بها وقد ترك وفاء بالمكاتبة فقد بينا فى المكاتبة ان الجناية فى هذه الحالة تصير مالا فيستوفى صاحب الجناية من تركته حقه قبل الكتابة ثم يؤدى بدل الكتابة مما بقي منه وان مات المكاتب وعليه دين وترك عبدا تاجرا عليه دين آخر بيع العبد فى دينه خاصة لان دين نفسه فى ماليته مقدم فان حق غريمه أسبق تعلقا بماليته من حق غريم المكاتب فان بقي من ثمنه شيء كان فى دين المكاتب لانه في كسبه وان لم يكن على العبد دين ولكنه كان جنى جناية وليس للمكاتب مال غيره فانه يخير المولى فان شاء دفعه هو وجميع الغرماء بالجناية ولا حق للغرماء فيه لما بينا ان حق ولي جنايته فى نفسه مقدم على حق غرماء المكاتب فاذا دفع الجناية برضاهم لم يبق لهم عليه سبيل وان شاؤا فدوه بالدية ثم يباع فى دين الغرماء لانه ظهر من الجناية الى الفداء فان كان عليه دين أيضا فانه يخير مولاه فان شاء دفعه وأتبعه دينه فبيع فيه ولا شئ لغرماء المكاتب وان شاء فداه ثم بيع فى دينه خاصة فان فضل شيء كان لغرماء المكاتب لان المولي متطوع فى الفداء وقد ظهر العبد به من الجناية فكأنه لم يكن فى رقبته

جناية ثم فى الفصل الاول شرط فى الدفع رضاء غرماءِ المكاتب وفى الفصل الثانى لم يشترط رضاءهم لان فى هذا الفصل بامتناع الدفع لا يظهر حق غرماء المكاتب فى ماليته لانه انما يباع فى دين نفسه فلهذا لا يشترط رضاؤهم وفى الفصل الاول بامتناع الدفع يظهر حق غرماء المكاتب فى ماليته لانه يباع فى دينهم اذ لا دين علي العبد فلهذا المعنى اعتبر رضاؤهم فى الدفع والله أعلم

باب جناية المكاتب بين اثنين

قال رحمه الله واذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما نصيبه بغير أمر صاحبه ثم جنى جناية ثم أدى يعتق فالمسألة تشتمل علي حكمين حكم الكتابة وحكم الجناية أما بيان حكم الكتابة فى هذا الجنس قد تقدم حكمه فى كتاب العتاق والمكاتب وانما نبين حكم الجناية فنقول يقضي على المكاتب بالاقل من نصف قيمته ونصف ارش الجناية لان النصف منه مكاتب حين جنى والبعض معتبر بالكل وقد تأكد حكم الكتابة بالاداء والعتق بالجناية وجناية المكاتب تلزمه بعد العتق الاقل من قيمته ومن ارش الجناية فكذلك فى هذا النصف والذى لم يكاتب ان اختار تضمين الشريك واستسعاه فى قيمة نصيبه وقبض هو ضامن للاول من نصف قيمة المكاتب ومن نصف ارش الجناية لان الجناية فى نصيبه كانت متعلقة بالرقبة وقد فاتت وأخلف بدلا وهو ما قبض من نصف القيمة فيلزمه دفع ذلك الى ولي الجناية الا أن يكون نصف الارش أقل منه وكذلك ان أعتقه لانه صار متلفا بالاعتاق الا انه لم يصر مختارا لان الدفع كان متعذرا بما يفديه من العتق فكان ضامنا للاقل من نصف قيمته ومن نصف ارش الجناية وكذلك لو كاتبه باذن الشريك فهذا والاول فى حكم الجناية سواء وانما يفترقان فى حكم الضمان واثبات حق الفسخ وذلك من حكم الكتابة دون الجناية ولو خوصم المكاتب فى الجناية قبل أن يعتق وقضى القاضى عليه بالاقل من نصف قيمته ونصف الارش ثم عجز عن المكاتبة فانه يباع نصيب المكاتب منه فيما قضى به عليه لانه صار دينا فى ذمته بقضاء القاضي ويقال للآخر ادفع نصيبك بنصف الجناية أو افده بنصف ارشها لان الجناية فى نصيبه متعلقة بالرقبة فان القاضى لم يقض فيها بشئ فيخير المولي بين الدفع والفداء واذا كاتب أحدهما نصيبه ثم اشترى المكاتب عبدا فجنى جناية ثم أدى المكاتبة فعتق فانه يخير المكاتب والذى لم يكاتب فان شاآ دفعا وان شاآ فدياه بالدية لان العبد مشترك بين الذى لم يكاتب وبين المكاتب نصفين باعتبار ما يكاتب

منه وقد تقرر ملك المكاتب في نصيبه بالعتق وجناية العبد المشترك توجب للمولين الخيار بين الدفع والفداء فان كان هذا العبد الجاني ابن المكاتب وولد عنده من أمة له كان عليه أن يسعى فى الاقل من نصف قيمته ومن ارش الجناية لان النصف منه كان مكاتبا مع ابنه وقد عتق باداء الاب فيلزمه فى هذا النصف ما كان يلزم الاب لو جنى بنفسه وليس علي الذى لم يكاتب شئ حتي يعتق أو يستسعى ثم يضمن الاقل من نصف قيمته ومن ارش الجناية لانه ان أعتق نصيبه فقد صار مستهلكا على وجه ثم يصير مختارا وان استسعاه فقد استوفى بدل نصيبه وحق ولي الجناية فى نصيبه كان مقدما على حقه ولو كان هذا الابن جنى على أبيه ثم أدي الاب فعتق فعلى الابن نصف قيمة نفسه فيسعي فيه للذى لم يكاتب ولا ضمان علي المكاتب فى ذلك بخلاف الام فالمكاتب ضامن لنصف قيمتها للذى لم يكاتب لانه صار متملكا نصيب الذى لم يكاتب منها حين صارت أم ولده فيلزمه نصف قيمتها ولا سعاية علي أم الولد بحال وهو لم يصر متملكا نصيب الذى لم يكاتب من الولد وانما احتبس نصيبه عند الولد فللذى لم يكاتب الخيار بين أن يعتق نصيبه منه أو يستسعيه في قيمة نصيبه وأما جناية الابن على الاب فقد جنى حين جني ونصفه مكاتب مع أبيه ونصفه رقيق والاب كذلك فما كان فى الاب من حصة الذى لم يكاتب فهو فى عتق الابن يأخذه المولى من الابن يعنى النصف الذى هو مكاتب من الابن حيث جنى على نصيب الذى لم يكاتب وما كان من جناية نصيب الذى لم يكاتب من الابن على النصف الذى هو مكاتب يوجب على الذى لم يكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع قيمة المكاتب فقد وجب لكل واحد منهم على صاحبه مثل ما لصاحبه عليه فيكون قصاصا ولا يكون لاحد على أحد شئ واذا كانت أمة بين رجلين كاتب أحدهما حصته منها ثم ولدت ولدا ثم ازدادت خيرا أو انتقصت بعيب ثم أدت فعتقت فاختار الشريك تضمين المكاتب ضمنه نصف قيمتها يوم عتقت لان ملكه انما تلف بالعتق (ألا ترى) ان قبل الاداء كان متمكنا من فسخ الكتابة واستيفاء حقه وان لم يضف ما اكتسب قبل أن يعتق ونصف ارش ما جنى عليها ولو كان الضمان وجب بنفس الكتابة لم يكن له من ذلك شئ وللذى لم يكاتب أن يستسعى الابن فى قيمة نصيبه لانه لما عتق نصيب المكاتب من الابن فقد احتبس نصيب الشريك عند الولد فيستسعيه فى قيمة نصيبه منها ولو كاتب أحدهما نصيبه منها ثم ولدت ولدا فكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد علي الامة أو جنت عليه جناية لا تبلغ النفس

ثم أديا فعتق والموليان موسران فللذى كاتب الولدان يضمن الذى كاتب الام نصف قيمتها ان شاء استسعاها وان شاء اعتقها لانه أفسد نصيب الشريك منها بما صنع ولم يوجد من الشريك دلالة الرضاء فى ذلك لان كتابة الولد لا تكون رضى منه بكتابة الام ولا ضمان عليه للذى كاتب الام على شريكه فى الولد لان نصيب الذى كاتب الام من الولد ما أفسد على شريكه نصيبه من الولد وجناية كل واحد منهما على صاحبه على ما وصفت لك فى العبد وأبيه من حكم المقاصة لان الجناية على نصف الولد الذى كاتبه المولى لا يبطل منها شئ بالكتابة فكان وجود ذلك كعدمه فلهذا كان قصاصا ولا شىء لواحد منهما على صاحبه قال واذا كان العبد بين اثنين ففقأ عين أحدهما وقيمته ألف ثم ان الذى فقئت عينه كاتب نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر ثم أدى فعتق ثم مات المولى بالجنايتين فنقول فى بيان حكم الجناية ان على الحى منهما أن يدفع نصف قيمة العبد الى ورثة الميت بجنايته سواء استوفى الضمان من شركة شريكه أو استسعى العبد أو أعتقه لان نصيبه جنى عليه جنايتين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعده وحكمهما سواء فى حقه وهو انه صار مستهلكا لنصيبه على وجه لم يصر مختارا فيلزمه نصف قيمته وعلى العبد أن يسعى فى الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لورثة الميت لان النصف الذى هو نصيب المجنى عليه جنى جنايتين احداهما قبل الكتابة وهى هدر والاخرى بعدها وهى توجب موجبها على المكاتب بمنزلة جنايته على أجنبي آخر فلهذا كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لورثة الميت من قبل الجناية قال واذا كان العبد بين رجلين فجنى على أحدهما ففقأ عينه أو قطع يده ثم ان الآخر باع نصف نصيبه من شريكه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه العبد أيضا جناية أخرى ثم ان الذي باع ربعه اشترى ذلك الربع ثم كاتبه المجنى عليه على نصيبه منه ثم جنى عليه جناية أخرى ثم أدى فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لان النصف الذى هو مكاتب منه جنى على مولاه ثلاث جنايات جنايتين قبل الكتابة وحكمهما سواء فى أنه هدر وجناية بعد الكتابة وهى معتبرة ولهذا كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية وعلى الذي لم يكاتب سدس وربع سدس دية صاحبه والاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية ولا يؤدى هذا النصف حتى يعتق أو يستسعى أو يضمن وقد بطل نصف سدس لانه قد جري فى نصف نصيبه البيع والشراء ولم يجر فى النصف الاخير فلا بد من اعتبار

ذلك فنقول أما نصف نصيبه الذى جرى فيه البيع والشراء فقد أتلف ربع النفس بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد صار المولي مختارا لذلك البيع وجناية بعد البيع وذلك هدر لان جناية المملوك على المالك وجناية بعد الشراء وهى معتبرة فمن هذا الوجه يبطل ثلث الربع وهو نصف سدس الدية وأما النصف الذى لم يجر فيه البيع والشراء جنى على ربع النفس أيضا ثلاث جنايات احداهما قبل البيع وقد صار مختارا بذلك لان بيع البعض باختيار الفداء كبيع الكل ويتبين بعد البيع وحكمهما سواء فى حق التعلق بالرقبة فيتوزع هذا نصفان فلهذا قال على الذى لم يكاتب سدس الدية وربع سدس الدية مقدار ما صار مختارا له ببيع نصف نصيبه ومثل ذلك متعلق بنصيبه وقد تعذر الدفع بكتابة شريكه على وجه لم يصر مختارا فيلزمه الاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية ولكن هذا الاستهلاك انما يتحقق اذا أعتق أو استسعى أوضمن فلهذا لا يلزمه هذا النصف مالم يوجد أحد هذه المعانى قال واذا كان العبد بين اثنين فقطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه منه فقطع يد آخر وفقأ عين الاول ثم ماتا من ذلك قيل لشريك المشترى ادفع نصفك الى أولياء القتيلين نصفين أوافده بعشرة آلاف لان الجنايتين تعلقتا بنصيبه الذى كان له فى الاصل ولم يوجد فى ذلك النصف مايكون دليل اختيار فيخير بين دفعه اليهما وبين أن يفدى كل واحد منهما بنصف الدية ويقال للبائع ادفع ألفين وخمسمائة الى ولى قتيل الاول لان نصيبه جنى على القتيل الاول جنايتين احداهما قبل البيع والاخرى بعد الشراء فيصير مختارا لما كان قبل البيع حين باعه وهو يعلم بجنايته فلهذا يلزمه أن يدفع اليه الفين وخمسمائة ثم يخير بعد ذلك بين أن يدفع نصيبه اليهما أو يفديهما لولى القتيل الآخر بخمسة آلاف ولولى القتيل الاول ألفين وخمسمائة باعتبار جنايته عليهما بعد الشراء فاذا اختار الدفع كان هذا النصف مقسوما بينهما أثلاثا ثلاثة لولى قتيل الاول وثلثاه لولي قتيل الآخر على مقدار ما بقى من حق كل واحد منهما قال واذا كان العبد بين رجلين فجرح رجلا جرحا خطأ فكاتبه أحد الشريكين وهو يعلم بذلك ثم جرحه أيضا ثم مات الرجل من ذلك كله فعلى الذى كاتب أولا ربع الدية لان نصيبه من العبد حين جنى ثلاث جنايات على نصف النفس احداها قبل الكتابة واثنان بعد الكتابة وحكمهما سواء فانقسم هذا النصف نصفين وذلك قد صار مختارا له بالكتابة فعليه ربع الدية ونصف ذلك يكون على المكاتب وأما الذى كاتب آخر فنصيبه أيضا حين جني ثلاث جنايات جنايتين قبل الكتابة

وحكمهما سواء فى حقه وجناية بعد الكتابة فيوزع أيضا هذا النصف نصفين نصفه على الذى كاتب آخرا فيلزمه الاقل من نصف القيمة ومن ربع الدية لان بكتابة نصيبه صار مستهلكا لا مختارا فقد كان الدفع متعذرا قبل هذا بكتابة شريكه فلهذا لزمه الاقل من نصف القيمة ومن ربع الدية وعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن نصف الدية لان كل نصف منه جنى بعد الكتابة وموجب ذلك عليه وانما تلف نصف النفس بالجنايات الموجودة منه بعد الكتابة فلهذا كان عليه الاقل من قيمته ومن نصف الدية وهذا كله قياس قول أبى حنيفة بناء على أن الكتابة تتجزأ والله أعلم

باب جناية المدبر

(قال رحمه الله) قد بينا ان جناية المدبر لا تتعلق برقبته ولا تكون علي عاقلة مولاه لانه مملوك وانما توجب على المولى قيمته يوم جنى المدبر لانه بالتدبير السابق صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية ولم يصر مختارا بذلك التدبير لانه عند التدبير ما كان يعلم انه جنى فيكون مستهلكا ضامنا القيمة ولا يلزمه الا قيمة واحدة وان كثرت الجناية من المدبر لانه ما منع الا رقبة واحدة ولكن تلك القيمة مشتركة بين أولياء الجنايتين سواء قربت المدة فيما بينهما أو بعدت لانها قائمة مقام الرقبة فى تعلق حق أولياء الجنايات بها فان قتل المدبر رجلا خطأ وفقأ عين آخر فعلى مولاه قيمته لاصحاب الجنايتين اثلاثا لانه لو كان محل الدفع كان يدفع اليهما أثلاثا فكذلك القيمة فى المدبر والمعنى ان كل واحد منهما يضرب بجميع حقه وحق ولى القتيل فى الدية وحق الآخر فى ارش العين فان اكتسب كسبا أو وهب له هبة لم يكن لاهل الجناية من ذلك شئ لان حقهم فى القيمة دينا فى الذمة فكما لا يكون لهم حق فى كسب المولى فكذلك فى كسب المدبر ولو قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم ذهبت عينه فعلى المولي قيمته يوم جني لان بذهاب العين فات نصفه ولو مات بعد الجناية لم يسقط شئ من قيمته عن المولى فكذلك اذا ذهبت عينه وكذلك لو ازدادت قيمته لان حق أولياء الجناية لا يثبت فى تلك الزيادة فان الجناية ما تعلقت برقبته أصلا فان دفع المولي قيمته الى ولى الجناية ولم يحدث به عيب ثم قتل رجلا آخر خطأ فان كان دفع الى الاول بقضاء قاض فلا سبيل للثانى على المولى لانه ما ألزمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته ودفعها الى الاول بقضاء قاض كدفع القاضى بنفسه فلا سبيل للثانى علي المولى ولكنه يتبع الاول فيأخذ منه نصف القيمة وان قد كان دفعها

بغير قضاء قاض على قول أبي يوسف ومحمد الجواب كذلك وعند أبي حنيفة للثاني الخيار ان شاء اتبع الاول بنصف القيمة وان شاء اتبع المولى بذلك فاذا أخذه منه رجع المولى به على الاول وجه قولهما في المسئلة ان المولى حين دفع القيمة الى الاول فقد فعل بنفسه غير ما يأمره القاضي به لو رفع الامر اليه فيكون القضاء وغير القضاء سواء كما في الرجوع بالهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها وهذا لانه حين دفع ماكان لاحد في القيمة حق سوى الاول لان السبب الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد بعد والحكم لا يسبق السبب فلا يكون بهذا الدفع جانيا في حق الثاني فلا يضمن له شيأ وكيف يكون جانيا في حقه ولو أراد ان يمنع بعض القيمة من الاول لمكان حق الثاني ما كان يتمكن من ذلك وأبو حنيفة يقول القيمة انما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنايتين جميعا سواء فيجعل في حق أولياء الجنايتين كان دفع القيمة من المولى كان بعد وجوب الجنايتين جميعا وهناك ان دفع الى أحدهما جميع القيمة بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيأ وان دفع بغير قضاء القاضي كان للثاني الخيار فهذا مثله والدليل على أن المعتبر هذا ان للثاني حق المشاركة مع الاول في تلك القيمة ولا يكون ذلك الا باعتبار ما بينا وهو أن يجعل كانه جنى عليهما في حالة واحدة يوضحه ان بذلك التدبير انعقد سبب ثبوت حق ولى الجناية في القيمة دينا في ذمة المولى عند جنايته فهو يدفع القيمة يحول ذلك الحق من ذمته الي المدفوع فان كان ذلك بقضاء القاضي تم التحويل لان للقاضي هذه الولاية وان كان بدون قضاء القاضي لم يتم التحويل لانه ليس للمولي هذه الولاية فيبقى الخيار لولى الجناية الثانية ان شاء رضي بهذا التحويل واتبع الاول بنصف القيمة وان شاء لم يرض بهذا واتبع المولي بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وهو نظير الوصي اذا قضي دين أحد الغريمين من التركة ولم يعلم بالدين الآخر أوقضى دين الغريم ثم أحدث آخر بسبب كان وجد من الميت في حياته فان كان دفعه بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيأ ولكن الثاني يتبع الاول بنصيبه وان كان الدفع بغير قضاء قاض كان للثاني الخيار بين أن يتبع الاول بنصيبه وبين أن يضمن الوصي ثم يرجع الوصي به علي الاول وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ماذكرنا لان دفعها بالجناية تعذر بسبب لا يحتمل الفسخ فتكون كالمدبر في حكم الجناية لان المولى أحق بكسبهما قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم ازدادت قيمته

الى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته الي خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفادرهم لانه جنى على الثانى وقيمته ألفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولي ضامنا قيمته الفين ثم ألف من هذا لولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما ثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الالف الثانى فيسلم ذلك المولى قتيل الاوسط وخمسمائة منها بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لاحق فى هذه الخمسمائة لولى قتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جني على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيه الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه شئ ويضرب فيه الاول بعشرة آلاف الا ماأخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك قال ولو قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم فدفعه المولى بقضاء قاض ثم رجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر فان خمسمائة مما أخذ الاول للاول خاصة لان حق الثانى انما يثبت فى قيمته عند الجناية على وليه وهى خمسمائة فبقيت الخمسمائة الاخرى سالمة للاول بلا منازعة والخمسمائة الباقية بينهما يضرب فيها الاول بعشرة آلاف الا خمسمائة والآخر بعشرة آلاف فتكون ذلك مقسومة بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانه يجعل كل خمسمائة منها سهما قال واذا اجتمع مدبر وأم ولد وعبد ومكاتب فقتلوا رجلا فكل واحد منهم أتلف ربع النفس فيقال لمولى العبد ادفعه أوافده بربع الدية ويسعى المكاتب فى الاقل من قيمته ومن ربع الدية وعلى مولي المدبر الاقل من قيمته ومن ربع الدية وعلى مولى أم الولد الاقل من قيمتها ومن ربع الدية اعتبارا بما لو انفرد كل واحد منهم بجنايته ولو قتل المدبر قتيلا خطأ واستهلك مالا فعلي المولى قيمته لاولياء القتيل وعلي المدبر أن يسعى فيما استهلك من المال لان مايستهلكه المدبر من المال يكون دينا فى ذمته يقضى من كسبه ولا يكون المولى ضامنا بسببه شيأ من قبل أن محل قضاء الدين وذلك لايتغير بالتدبير ومحل موجب الجناية الرقبة وبالتدبير يتعذر دفعها فيجب على المولى القيمة لذلك (ألا ترى) ان المملوك يدفع بالجناية أو يفدى وانه يباع فى الدين اذا لم يكن له كسب فبه يظهر الفرق ثم لايشارك أحد الفريقين الآخر فيما يأخذ لان حقهما ما اجتمع فى محل واحد فان حق أولياء القتيل فى ذمة المولي وحق أصحاب الدين فى كسب المدبر فمن أى وجه تثبت الشركة

بينهما فان مات المولى قبل أن يقضي شيأ من ذلك ولا مال للمولى غيره فان المدبر يسعى فى قيمته فيكون أصحاب ديته أحق بها لان أصل الجنايه كان دينا فى ذمة المولى وذلك يمنع سلامة شئ من الرقبة للمدبر لان التدبير وصية والوصية بعد الدين فيلزمه السعاية فى قيمته لرد الوصية ثم أصحاب ديته أحق بهذه القيمة من أصحاب جنايته لان دينهم فى ذمته والسعاية بدل ماليته وحق غرمائه فى ماليته مقدم على حق المولى وعلى حق غرماء المولى لان حق غرماء المولى انما يثبت فى هذه المالية من جهة المولى فاذا استغرق دينه هذه المالية لم يكن للمولي فيها حق فكذلك لايكون لغريم المولي فيها حق وان كان دينه أكثر من قيمته فعليه السعاية فى الفضل أيضا لان بالعتق يتقرر مابقى من الدين فى ذمته وان كان الدين عليه أقل من قيمته فالفضل من القيمة على مقدار دينه يكون لاصحاب الجناية باعتبار ان ذلك الفضل حق المولى فيقضى به منه دين المولى ولا شئ لهم عليه أكثر من ذلك لان حقهم انما يثبت من جهة المولى وكذلك لو كان القاضى قضى على المولى بالقيمة لاولياء الجنايه وعلى المدبر بالسعاية فى الدين قبل موت المولي فهذا تقرير منه للحكم الذى كان ثابتا فلا يتقرر به الجواب وأما أم الولد فلا تسعى لايجاب الجناية فى شئ لان عتقها ليس بوصية ولا يمتنع لمكان دين المولى وجناية المدبر وأم الولد على المولي فى نفس أو مادونها خطأ وعلى مماليكه هدر لانه لافائدة فى اعتبارها فانها لو اعتبرت أوجبت على المولى القيمة له الا ان المدبر يسعى فى قيمته اذا قتل مولاه لانه لاوصية له فانه قاتل والقاتل عن الوصية والميراث محروم فعليه رد رقبته وقد تعذر ردها فلزمه السعاية فى قيمته قال ولو قتل المدبر مولاه عمدا فعليه أن يسعى فى قيمته لرد الوصية وعليه القصاص للقتل العمد وللورثة الخيار ان شاؤا قتلوا قصاصا في الحال وقد قوى حقهم فى السعاية الا انهم رضوا بذلك وان شاؤا استسعوه في القيمة أولا فاذا استوفوا ذلك منه قتلوه قصاصا لان كل واحد منهم خالص حق الورثة فالتدبير فى التقديم والتأخير فى الاستسعاء اليهم وان كان له ابنان فعفا أحدهما عنه فعلى المدبر أن يسعى فى نصف قيمته للذى لم يعف لانه لزمه السعاية فى جميع قيمته لرد الوصية فيكون بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما هو حر عليه دين وعند عفو أحدهما انما ينقلب نصيب الآخر مالا فى الحال وهو فى الحال مكاتب أو حر من أهل أن يجب عليه المال لمولاه ولمن يخلفه من الورثة الا أن الوجوب بسبب جناية كانت منه فى حال الرق فيكون الواجب

من القيمة دون الدية فلهذا يسعى فى نصف قيمته للذي لم يعف مع السعاية فى جميع القيمة لهما باعتبار رد الوصية فان كان على المولي دين بدئ بالدين من جميع ذلك لان ماوجب للمولى باعتبار انه بدل نفسه أو بدل ملكه فيقضي دينه من جميع ذلك والباقى بين الوارثين أثلاثا لان الباقى يقسم بينهما على ما كان يقسم عليه الكل لولا الدين ولولا الدين لكان للذى لم يعف قيمة كاملة وللآخر نصف القيمة فكذلك ما بقي يقسم بينهما على ذلك اثلاثا ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا ولا ولد لها منه فعليها القصاص ولا سعاية عليها لان عتقها ليس بوصية فلا يمنع سبب القتل وان كان لها منه ولد فلا قصاص عليها لان الولد ورث جزأ من القصاص على أبيه وذلك مسقط للقصاص عليها وعليها أن تسعى فى القيمة من قبل الجناية لان القصاص كان وجب فانه مالم يجب لا يصير ميراثا لولدها وما لم يصر ميراثا لولدها لا يسقط فاذا تعذر استيفاء القصاص باعتبار الولادة وهى حرة حين سقط القصاص فيجب أن يلحق المال لمولاها ولمن يخلف مولاها الآن وجوب المال بسبب جنايتها فى حالة الرق فلهذا يلزمها القيمة دون الدية وكما كان نصيب سائر الورثة انقلب مالا فكذلك نصيب الولد لانه تعذر عليه استيفاء القصاص لا بمعنى من جهته مع بقاء المحل قال واذا قتل العبد مولاه عمدا فعليه القصاص لان العبد فى حكم الدم مبقى على الحرية والمولي من دمه كاجنبي آخر فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالمال فان كان له وليان فعفا أحدهما عنه بطل الدم كله وهو عندهما وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف على الذى عفا أن يدفع نصيبه الى الذى لم يعف أو يفديه بربع الدية لانه صار مشتركا بينهما بالارث نصفين وبعفو أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا عند العفو وعند العفو نصفه للعافى ونصفه للذى لم يعف ويجوز أن يستحق الذى لم يعف نصيب صاحبه بالجناية ولا يجوز أن يستحق نصيب نفسه فحين انقلب مالا كان نصف ذلك فى نصيبه فيهدر ونصفه فى نصيب صاحبه فيثبت ويخاطب بالدفع أو الفداء كما بينا فى المدبر وأم الولد اذا انقلب القصاص الذى عليهما مالا بعد موت المولى وهما يقولان العبد بعد الموت مبقى على حكم ملك الميت ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ولو انقلب نصيب الآخر مالا بعد عفو أحدهما كان ذلك للميت أيضا حتى يقضى منه ديونه فانما يكون هذا ايجاب المال للميت بالجناية فى ملكه وذلك لا يجوز كما لو قتل العبد مولاه خطأ فان هناك لا يجب شئ وان كان لو وجب انما يجب بعد الموت وبعد الموت الملك للوارث ولكن قيل هو كالباقى على ملك

الميت حكما لانه يبقى للوارث الملك الذى كان ثابتا للمورث أو الوارث قائم مقام المورث فكما لا يجوز ان يجب للمورث بسبب هذه الجناية مال على العبد لا يجوز ان يجب للوارث بخلاف المدبر وأم الولد فقد عتقا بالموت وصار الكسب لهما على الخلوص فلو أوجبنا المال عند تعذر استيفاء القصاص لا يكون ذلك واجبا للمالك فى حكم ملكه وانما يكون واجبا له على معتقه وذلك مستقيم ولو قتل المدبر مولاه عمدا وله وليان أحدهما ابن المدبر فعلى المدبر أن يسعى فى قيمتين قيمة لرد الوصية وقيمة بالجناية لان ابنه قد ورث بعض القصاص عليه فتعذر استيفاؤه وينقلب كله مالا وهو فى هذه الحالة حرا أو مكاتبا وقد بينا نظيره فى أم الولد ولو حفر المدبر بئرا فى الطريق فوقع فيها المولى فمات فلا شئ على المدبر لان هذا لا يكون أعلى مما اذا قتله خطأ وهناك لا يجب على المدبر بالجناية شئ فهاهنا لا يحرم الوصية لانه مسبب وكما لا يحرم المسبب الميراث فكذلك لا يحرم الوصية فلهذا أعتق من الثلث قال واذا قتل المدبر رجلا وقيمته ألف درهم ثم فقأ رجل عين المدبر يغرم خمسمائة درهم ثم قتل المدبر رجلا آخر فان الخمسمائة ارش العين للمولى لا حق لاولياء الجناية فيه لان الجناية لم تتعلق برقبته وعلى المولى ألف درهم قيمته يوم جنى على الاول خمسمائة منها للاول خاصة لان حق الثانى انما يثبت فى قيمته يوم جنى على وليه وقد كانت قيمته خمسمائة فلهذا أسلمت الخمسمائة للاول والخمسمائة الباقية يضرب فيها الثانى بالدية والاول بالدية الا الخمسمائة لانه قد استوفى ذلك ولو كان الباقى عبدا فدفع به كان للمولى أيضا لان حق ولى الجناية انما يثبت فى رقبته فلا يثبت فيما يكون بدل جزء منه (ألا ترى) ان المولى لو لم يأخذ العبد فى الجناية أصلا أو أخذه وباعه أو وهبه لم يضمن لاصحاب الجناية بذلك شيأ وكان عليه قيمة المدبر صحيحا ولو استهلك المدبر لرجل ألف درهم فاعتقه مولاه لم يضمن لصاحب الدين شيأ لان حق صاحب الدين فى كسبه وسعايته ولم يتعين ذلك باعتاقه اياه فى ابائه ولو لم يعتقه ولكن رجلا قتل المدبر فغرم قيمته وقد جنى المدبر ثم مات المولى ولا مال له غير ذلك فصاحب الدين أحق بالقيمة من صاحب الجناية لان بدل رقبته بمنزلة كسبه فى وجوب صرفه الى الدين ولان دين نفسه مقدم على دين مولاه فى مالية رقبته وحق صاحب الجناية على مولاه فلهذا كان صاحب الدين أحق بالقيمة من صاحب الجناية سواء كان المولى حيا أو ميتا قال واذا قتل المدبر رجلين أحدهما عمدا والآخر خطأ فعليه القصاص وعلى المولى قيمته لاصحاب الخطأ فان عفا أحد وليى العمد فالقيمة بين الذى لم يعف

وبين ولى الخطأ يقسم على طريق العول اثلاثا فى قول أبى حنيفة وفى قولهما على طريق المنازعة ارباعا وكذلك لو كان القاتل قنادفعه المولى وقد بينا نظير هذه المسئلة فى المأذون وجميعها واضدادها ونظيرها فى كتاب الدعوى فهما يقولان حق الذى لم يعف ثابت فى النصف دون النصف فيسلم لولى الخطأ النصف الذى هو حصة العافى لفراغ ذلك النصف عن حق الذى لم يعف والنصف الآخر حقهما فيه سواء فيكون بينهما نصفان وهذا بخلاف ما اذا قتل العبد أو المدبر رجلا خطأ وفقأ عين آخر لان هناك حق صاحب العين ثابت فى الكل بدليل انه لو انفرد كان المولى مخاطبا بدفع جميع العبد اليه أو الفداء وكذلك فى الدين يدفع اليه جميع القيمة الا أن يكون الارش أقل من ذلك وها هنا حق الذى لم يعف فى النصف دون النصف بدليل حالة الانفراد وأبو حنيفة يقول أصل كل واحد منهما فى الارش وحق ولى الخطأ عشرة آلاف وحق الذى لم يعف من ولي الدم خمسة آلاف وانما وجب قسم ألفين بينهما بسبب حق الدين فى الذمة فيضرب كل واحد منهما بحقه بمنزلة الغرماء فى التركة وبمنزلة صاحب النفس من صاحب العين وعلى هذا الخلاف لو قتل المدبر رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فعلى المولي القيمة وقسمتها بينهما على الخلاف الذى بينا وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف رحمهما الله ان لولى القتيل نصف القيمة وللذى لم يعف من ولي العمد ربع القيمة ويسقط ربع القيمة عن المولى بعفو العافى وهو قول زفر وهو القياس وقد بينا الخلاف فيما اذا جنى العبد المغصوب عند الغاصب وعند مولاه ففى المدبر الحكم على ذلك التفصيل أيضا لان القيمة فى جناية المدبر بمنزلة الرقبة فى جناية القن يقول فان غصب رجل مدبرا فقتل عنده قتيلا واستهلك لرجل مالا ثم رده علي المولى فقتل عنده رجلين خطأ فعلى المولى قيمته بين أصحاب الجنايات اثلاثا ثم يرجع المولى على الغاصب بثلث القيمة وهو ما استحقه ولى القتيل الاول بجنايته عند الغاصب فيدفع ذلك الى الاول ثم يرجع بثلث القيمة أيضا فيدفعه الى الاول حتى يسلم له قيمة تامة كما استحقه ثم يرجع بمثله على الغاصب فيدفع نصفه الي الثانى لان حق الثانى ثبت فى نصف القيمة وقد سلم له الثلث فيدفع اليه نصف الثلث ولا يرجع به علي الغاصب لان هذا استحق بجنايته عند المولي وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بثلث القيمة فيسلم له ويسعى المدبر لصاحب الدين فى دينه فاذا قضاه يرجع المولى بالاقل من قيمته ومن الدين على الغاصب لانه انما قضى الدين من كسب مملوك للمولي

وكان استحقاق ذلك كان منه عند الغاصب فيرجع المولى به على الغاصب الا أن تكون قيمته أقل من ذلك فحينئذ لا يرجع الا بقدر القيمة لان الغاصب انما يصير ضامنا باعتبار ان الرد لم يسلم فيجعل كالهالك في يده قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ ثم غصبه رجل فقتل عنده رجلا عمدا ثم رده الى المولى فانه يقتل قصاصا وعلى المولى قيمته لصاحب الخطأ بالجناية التي كانت منه عند المولي ويرجع على الغاصب بقيمته لانه قتل بجناية كانت منه عند الغاصب فلم يسلم الرد للمولى فان عفا أحد ولي العمد كانت القيمة بينهم ارباعا في قول أبي يوسف ومحمد واثلاثا في قول أبي حنيفة ثم يرجع على الغاصب بما أخذه صاحب العمد منه لان ذلك القدر استحق بجنايته عند الغاصب ثم يدفع ذلك الى صاحب الخطأ لان حقه كان يثبت في جميع القيمة فلا يسلم للمولى شيء من قيمته مالم يصل اليه كمال حقه ولو قتل عند الغاصب أولا رجلا عمدا ثم رده الي المولى فقتل عنده رجلا خطأ بعد ما عفا أحد ولي الدم فعلى المولى قيمته كما بينا ثم يرجع على الغاصب بما أخذه الذي لم يعف من ولي العمد فيدفعه الى صاحب العمد الذي لم يعف الى تمام نصف القيمة لان حقه لما ثبت في نصف القيمة فعليه أن يدفع اليه ما يأخذه من قيمته حتى يصل اليه كمال حقه في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ثم يرجع بمثله على الغاصب لان قبضه ينتقض فيما يستحق من يده بجنايته عند المولي أو عند الغاصب واذا غصب رجل مدبرا فأقر عنده بقتل رجل عمدا وزعم ان ذلك كان عند المولى أو عند الغاصب فهو سواء واذا قتل بذلك بعد الرد فعلي الغاصب قيمته لانه مصدق في الاقرار غير مصدق في الاسناد وانما استحق نفسه بسبب كان منه عند الغاصب وهو الاقرار فيظهر به ان الرد لم يسلم للمولى ولو عفا أحد الوليين فلا شيء للآخر لان الآخر لو استحق المال انما يستحقه باقراره واقرار المدبر والقن في الجناية التي توجب الارش باطل لان ذلك اقرار منه على مولاه ولو كان أقر عند الغاصب بسرقة أو ارتد عن الاسلام ثم انه رده فقتل في الردة فعلى الغاصب قيمته أو قطع في السرقة فعلى الغاصب نصف قيمته لان استحقاق ذلك باقرار كان منه عند الغاصب بمنزلة استحقاقه بمباشرة سببه عند الغاصب قال وقياس هذا عندي البيع لو باع عبدا مرتدا فقتل عند المشتري يرجع بجميع الثمن وكذلك لو باعه وقد أقر بقتل عمدا في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد في البيع خاصة يقوم مرتدا أو غير مرتد وسارقا أو غير سارق فيرجع بحصة ذلك من الثمن وقد بينا الفرق لهما بين الغصب والبيع في كتاب البيوع ولو قتل المدبر عند

الغاصب رجلا خطأ أو أفسد متاعا ثم قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته لصاحب الدين لان بدل رقبته اذا قتل بمنزلة كسبه وعلى المولى قيمته لولى القتيل بسبب جنايته ويرجع بذلك كله على الغاصب لان استحقاق كل واحدة من الجنايتين بسبب كان منه عند الغاصب قال ولو غصب عبدا أو مدبرا فاستهلك عنده مالا ثم رده على المولى فمات عنده فلا شئ لاصحاب الدين لفوات محل حقهم من ذلك الكسب أو مالية الرقبة ولا للمولي على الغاصب لان الرد قدسلم للمولى حين لم يستحق من يده بسبب كان عند الغاصب وانما هلك بسبب حادث عنده ولو مات عند الغاصب قبل أن يرده فعلى الغاصب قيمته لانه تعذر عليه رد عينه فاذا أخذها المولي دفعها الي الغرماء لانه فات وأخلف بدلا ثم يرجع المولي على الغاصب بمثل ذلك لاستحقاق المقبوض من يده بسبب كان منه عند الغاصب ولو كان قتل عند المولى خطأ فقيمته لاصحاب الدين على عاقلة القاتل يقبضها المولى ويدفعها اليهم ثم يرجع بها على الغاصب لانها استحقت من يده بسبب كان من المدبر فى ضمان الغاصب ولو استهلك المدبر مالا عند المولى ثم غصبه رجل فحفر عنده بئرا فى الطريق ثم رده الي المولى فقتله رجل خطأ فغرم قيمته للمولى وأخذها أصحاب الدين ثم وقع فى البئر دابة فعطبت شارك صاحبها أصحاب الدين الذين أخذوا القيمة فى تلك القيمة بالحصة لان عند وقوع الدابة فيها صار متلفا لها بالحفر السابق وصارت قيمتها دينا فى ذمته بمنزلة الدين الآخر فتكون قيمة نفسه بين غرمائه بالحصص ثم يرجع المولى بذلك على الغاصب فيدفعه الي صاحب الدين الاول لان حقه كان ثابتا فى جميع القيمة فان وقع فى البئر انسان آخر فمات فعلى المولى قيمة المدبر لانه صار جانيا عليه بالحفر السابق وجناية المدبر على النفوس توجب القيمة على المولى سواء كان بطريق السبب أو المباشرة ثم يرجع بها علي المولى ثم يرجع بها على الغاصب لان هذه القيمة لزمته لسبب كان فى ضمان الغاصب والله أعلم

باب جناية المدبر بين اثنين

قال رحمه الله واذا كان المدبر بين رجلين فقتل أحد موليه ورجلا خطأ بدئ بالرجل قبل المولى فعلى المولى الباقى نصف قيمته وفى مال المقتول نصف قيمته ثم يكون لولى المقتول ربع القيمة وللاخر ثلاثة أرباعها وهذا ظاهر عندهما وكذلك عند أبى حنيفة لان مولى القتيل

لاحق له فيما ضمن فان جناية المدبر على مولاه خطأ هدر فكذلك النصف من القيمة يسلم لولى الاجنبي ولصاحبه فى النصف الآخر فيضرب هو فيه بخمسة آلاف والآخر بخمسة الاف فكان ذلك النصف بينهما نصفان وعلى المدبر أن يسعى فى قيمته نصفها لورثة المقتول لانه قاتل ولا وصية له ونصفها للمولى الحى لانه لما عتق بسبب المقتول كان حق المولى الحى باستسعائه فى نصف قيمته ولو كان قتل المولى عمدا والمسئلة بحالها فعلى المولى الباقى وفى مال المقتول قيمته تامة لولى الخطأ لان حق ولى العمد فى القود فلا مزاحمة له مع ولي الخطأ فى القيمة ويسعى المدبر فى قيمته بين الموليين لما قلنا ويقتل بالعمد فان عفا أحد ولي العمد سعى المدبر للذى لم يعف فى نصف قيمته لانه حين انقلب نصيب الآخر مالا كان بمنزلة المكاتب والحر فانما يجب له نصف القيمة عليه فيستسعيه فى ذلك ولا مزاحمة له فى ولى الخطأ فى القيمة الاولى قال واذا قتل المدبر رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل أحد مولييه خطأ فعلى المولي الباقى نصف قيمته فيكون نصف ذلك النصف لولي القتيل والنصف الباقى من ذلك النصف بينه وبين الذى لم يعف من أصحاب العمد نصفين وفى مال القتيل ربع قيمة المدبر للذى لم يعف لان نصيب الذي لم يعف انقلب مالا وذلك نصف القيمة علي الموليين فلهذا كان فى مال الميت ربع القيمة للذى لم يعف وقد وجب للمولى الحى نصف قيمته بالجنايتين الا أنه لاحق للذى لم يعف فى نصف ذلك النصف فيسلم لولى مولى القتيل وحقهما فى النصف سواء فكان بينهما نصفين ويسعي المدبر فى قيمته تامة للحى ولورثة الميت لما قلنا قال واذا قتل المدبر مولييه معا خطأ سعى فى قيمتهما لورثتهما لرد الوصية ولا شئ لواحد منهما علي صاحبه لان جنايته علي كل واحد منهما فى نصفه هدر وفى نصف صاحبه موجب بنصف القيمة عليه ولكن نصف القيمة قصاص ولو غصب المدبر أحد مولييه فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده فقتل رجلا عمدا له وليان فعفا أحدهما فعليهما قيمة تامة لصاحب الخطأ ثلاثة أرباعها وللذى لم يعف من ولي الدم ربعها وهذا على نحو ما بينا ثم يرجع المولى للذى لم يعف علي الغاصب بثلاثة أرباع نصف قيمة المدبر وهو مقدار ما غرم هو لولى الخطأ لانه انما غرم ذلك بجناية كانت عند المدبر فى حال كون الشريك غاصبا له ضامنا ثم يرد على صاحب الخطأ من ذلك من قيمة العبد لان صاحب الخطأ استحق عليه نصف قيمته فارغا وانما سلم له من جهته ثلاثة أرباع ذلك النصف وقد أخلف نصيبه عوضا فيرجع فى العوض بما بقي من حقه وذلك من الجميع وهو

ربع نصف القيمة ثم يرجع هو بذلك على الغاصب لانه استحق من يده بجناية كانت عند الغاصب قال واذا قطع رجل يد المدبر وقيمته ألف درهم فبرئ وزاد حتى صارت قيمته ألفين ثم فقأ عينه آخر ثم انتقض البرء فمات منهما والمدبر بين اثنين فعفا أحدهما عن اليد وما حدث منها وعفى الآخر عن العين وما حدث منها فللذى عفا عن اليد على صاحب العين ستمائة وخمسون درهما على عاقلته ان كان خطأ وفى ماله ان كان عمدا وللذى عفا عن العين على صاحب اليد ثلثمائة واثنا عشر ونصف في ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطأ لان القاطع قطع يده وقيمته ألف فكان عليه نصف قيمته خمسمائة ثم فقأ الاخر عينه وقيمته ألفان فكان عليه نصف قيمته ألف فلما مات منهما صار صاحب اليد ضامنا لمائة وخمسة وعشرين من قيمته مع الخمسمائة التى عليه لانه لا معتبر بالزيادة فى حقه فكان الفاقى فقء عينه وقيمته خمسمائة فصار به متلفا نصف ما بقى وانما الباقى مائتان وخمسون وقد تلف بالجنايتين فنصفه وهو مائة وخمسة وعشرون تلف بفعل صاحبه فلهذا صار هو ضامنا ستمائة وخمسة وعشرين ونصف ذلك للعافى فيسقط ونصفه للذى لم يعف وهو ثلثمائة واثنا عشر ونصف وأما العافى صار ضامنا بجنايته ألف وبسراية جنايته نصف ما بقى وذلك خمسمائة بين المولين نصفين وقد سقط حق أحدهما بالعفو إذ للذى لم يعف منهما عليه نصيبه سبعمائة وخمسون وام الولد فى حكم الجناية بمنزلة المدبر على ما ذكرنا قال ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا ولا ولد لها فعفا أحد ابنى المولى عنها سعت للآخر فى نصف قيمتها لانها حرة حين انقلب نصيب الآخر مالا الا ان اصل الجناية كان منها فى حالة الرق فعليها نصف القيمة للآخر وكذلك عبد قتل رجلا عمدا فاعتقه المولى ثم عفا أحد ولي الدم وهذا لان المولي بالاعتاق لا يصير ضامنا شيئا لان حقهما كان فى القصاص ولا يختلف ذلك بالرق والحرية قال واذا كاتب الرجل أم ولده أو مدبره ثم قتلت مولاها خطأ سعت فى قيمتها من قبل الجناية لانها جنت وهى مكاتبة وجناية المكاتبة علي مولاها كجنايتها على غيره لا موجب جنايتها فى كسبها وهى أحق بكسبها ثم قد بطلت عنها الكتابة لانها عتقت بموت المولى فان عتق أم الولد ليس بوصية فلا يمتنع بسبب القتل قال (ألا ترى) انها لو استقرضت منه مالا ثم مات المولى بطلت عنها الكتابة ولزمها الدين وانما استشهد بهذا لسبب انه وان ألزمها القيمة بسبب الجناية فان ذلك دين عليها كسائر الديون فلا يمتنع بطلان الكتابة عنها بسبب العتق وأما المدبرة فعليها أن تسعى فى قيمتها من قبل الجناية وتسعى

فى قيمة أخرى لرد الوصية فان كانت مكاتبتها أقل من قيمتها سعت فى مكاتبتها بمنزلة ما لو كانت مدبرته ثم مات وعليه دين يحيط بماله فانها تسعى فى الاقل من مكاتبتها ومن قيمتها لان حق المولى فى الاقل واذا أسلمت أم ولد النصرانى فاستسعاها فى قيمتها فقتلته خطأ وهى تسعى فعليها قيمتها من قبل الجناية لانها بمنزلة المكاتبة ويبطل عنها سراية الرق ولانها عتقت بموت المولى فان كان القتل عمدا فعليها القصاص وان كان لها منه ولد صغير فلا شئ لولدها من ذلك لان الولد مسلم مع أبيه والمسلم لا يرث الكافر ولهذا كان عليها القصاص لورثة الاب واذا قتلت أم الولد مولاها عمدا وهى حبلى منه ولا ولد لها فلا قصاص عليها من قبل أن ما فى بطنها من جملة ورثته ومن قبل أن الحبلى لا تقتل بالقصاص حتى تضع فان ولدته حيا وجبت القيمة عليها لجميع الورثة لان جزأ من القصاص صار ميراثا لولدها وان ولدته ميتا كان عليها القصاص لورثة الاب لان الذى ينفصل ميتا ليس من جملة الورثة فان ضرب انسان بطنها والقته ميتا ففيه غرة لان الجنين الذي في بطنها كان حرا والواجب فى الجنين الحر الغرة ولها ميراثها من تلك الغرة لانها عتقت بموت المولى فهى وارثة حين وجبت الغرة بالضربة وتقتل هى بالمولى لان الجنين انفصل ميتا فلا تكون من جملة الورثة سواء كان انفصاله بالضربة أو بغير الضربة وايجاب الغرة لا يكون حكما بكون الجنين حيا فى ذلك الوقت فان وجوبها بسبب قطع السر ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى ثم نصيبها من الغرة ميراث لبنى مولاها لانهم عتقا ولا يحرمون الميراث لانهم قتلوها بحق والله أعلم

باب جناية المكاتب فى الخطا

(قال رحمه الله) واذا قتل المكاتب رجلا خطأ وله وارثان فقضى عليه القاضى لاحدهما بنصف القيمة ولم يقض للآخر بشئ ثم قتل الآخر فجاء الآخر فخاصم الى القاضى وهو مكاتب بعد وفائه فانه يقضى له بثلاثة أرباع القيمة لان النصف المقضى فيه للاول قد فرغ من الجناية الاولى فيتعلق به حق الآخر فيقضى له عليه بنصف القيمة لذلك والنصف الباقى يقضى له بنصفه لانه اجتمع فيه حقه وحق الذى لم يقض له من ولى الجناية الاولى فان عجز المكاتب وجاء الاوسط فانه يدفع اليه ربع العبد أو يفديه مولاه بنصف الدية لان حقه فى نصف الدية والجناية فى حقه باقية فى ربع الرقبة لانعدام المحول الى القيمة وهو قضاء القاضى فلهذا

يدفع اليه ربع العبد بعد العجز ويفديه مولاه بنصف الدية قال فلو قتل المكاتب رجلا خطأ ثم أعورّ ثم قتل آخر فعليه قيمته صحيحا للاول نصفها لان حق الثانى انما يثبت فى قيمته عند الجناية عليه وهو أعور فى هذه الحالة فلهذا كان نصف قيمته صحيحا للاول خاصة والنصف الآخر يضرب فيه الاول بالدية الا ما أخذ والآخر بكمال الدية فيكون بينهما على ذلك وكذلك لو فقأ عينه انسان أو نقصت قيمته من سعرا أو عيب لان المعتبر فى حق كل واحد منهما قيمته حين جنى عليه قال ولو قتل رجلا خطأ وحفر بئرا في الطريق فوقع فيها انسان فمات أو أحدث فى الطريق شيأ فقضى عليه بالقيمة للذى وقع فى البئر ولولى القتيل وسعى فيها بينهما ثم عطب مما أحدث فى الطريق انسان فمات فانه يشاركهم فى تلك القيمة للذي وقع فى البئر ولولى القتيل وسعى فيها لانه أحدثه فى الطريق قبل أن يقضي عليه بالقيمة وانما صار جانيا بذلك التسبب وجنايات التسبب والمباشرة لا تلزمه الا قيمة واحدة ما لم يقض عليه بها وكذلك لو وقع فى البئر انسان آخر فمات ولو حفر بئرا أخرى فى الطريق بعد ما قضي عليه بالقيمة فوقع فيها انسان فمات قضى القاضى بقيمة أخرى لان جنايته بالتسبيب ابتداء بعد القضاء بالقيمة فى الجناية الاولى بمنزلة جنايته بالمباشرة فيلزمه باعتبارها قيمة أخري لان الرقبة قد فرغت من قبل قضاء القاضى بالقيمة فيشغل بالجناية المبتدأة بعد ذلك فيلزمه القيمة لاجلها ولو وقع فى البئر الاول فرس فعطب كان عليه قيمته دينا يسعى فيه بالغا مابلغ ولا يشاركه أهل الجناية ولا يشاركونه لان الواجب لصاحب الفرس ضمان مال وقد بينا أنه لا مشاركة بين ضمان المال وضمان النفس ولا مشابهة بينهما فى الحكم (ألا ترى) أنه لو قتل انسانا خطأ فاستهلك مالا قضى عليه بالقيمة فى القتل وبالمال بالغا ما بلغ وكل من يكاتب على المكاتب فهو فى حكم الجناية بمنزلة المكاتب فيما يلزمه من السعاية وكذلك أم ولده التى ولدت منه فى المكاتبة لان دفعها بالجناية متعذر بسبب الكتابة فهى بمنزلة المكاتبة فيما يلزمها بالجناية ولو جنى عبده خوطب المكاتب فيه بالدفع أو الفداء وهو بمنزلة الحر فالتدبير فى كسبه ولهذا لو كان القتل من العبد عمدا فصالح المكاتب علي مال جاز صلحه لانه قصد به تخليص ملكه قال واذا أقر المكاتب بقتل عمدا ثم انه عفا أحد الوليين عنه قضى عليه بنصف القيمة للآخر فان عجز قبل أن يؤدى بطل ذلك عنه في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبى يوسف ومحمد اذا قضى عليه قبل أن يعجز صار دينا عليه يباع فيه وكذلك لو قتل المكاتب رجلا عمدا ثم صالح عن نفسه

على مال فهو جائز ويلزمه المال مالم يعجز فاذا عجز قبل أداء المال بطل عنه المال فى قول أبى حنيفة وفى قول أبي يوسف ومحمد هو لازم يباع فيه لان هذا دين لزمه فى حال الكتابة فيكون بمنزلة سائر ديونه يباع فيه بعد العجز الا أن يقضي المولى عنه وأبو حنيفة يقول لا تأثير لعقد الكتابة فى اطلاق الحجر عنه فى الجناية والصلح عن دم العمد فكان هو فى حق المولى بمنزلة العبد المحجور عليه الا أن فى حال قيامه بالكتابة المال انما يؤدى من كسبه وهو أحق بكسبه فكان اقراره معتبرا فى حقه وكذلك قبوله بسبب الصلح فاذا عجز صار الحق لمولاه واقراره فى حق المولي باطل وكذلك قبوله المال بالصلح عن دم العمد لانه ملتزم مالا لا بازاء مال وذلك غير صحيح فى حق المولى فلا يطالب بشيء منه ولا يباع فيه بخلاف سائر الديون فان ذلك لزمه بسبب صار هو بعقد الكتابة منفك الحجر فكذلك السبب فى حق المولي قال واذا قتل المكاتب رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما يسعى للآخر فى نصف القيمة فان وقع رجل فى بئر حفرها المكاتب فى الطريق قبل القتل فعليه نصف قيمة أخرى لصاحب البئر لانه قد غرم نصف القيمة وجناياته لا تلزمه الا قيمة واحدة فكان عليه نصف قيمة أخرى لصاحب البئر وشاول صاحب البئر صاحب القتيل فيأخذ منه نصف ما أخذ فى قول أبي يوسف ومحمد وفى قول أبي حنيفة قسمت القيمة بينهما اثلاثا كما بينا واذا قتل ابن المكاتب رجلا خطأ ثم ان المكاتب قتل ابنه وهو عبد وقتل آخر خطأ فعليه القيمة يضرب فيها أولياء القتيل الآخر بالدية وأولياء قتيل الابن بقيمة الابن لان الجنايتين اذا حصلتا من المكاتب قبل قضاء القاضي لا يلزمه الا قيمة واحدة وانما يضرب كل واحد منهما فى تلك القيمة بمقدار حقه وحق أولياء الحر فى الدية وحق أولياء قتيل الابن كان فى الدية ولكن بجناية الابن فأما بجناية المكاتب فلا حق لهم قبله الا فى قيمة الابن لان المكاتب ما جنى علي وليهم انما جنى على الابن الذى كان مستحقا لهم بجنايته فلهذا ضربوا فى قيمته بقيمة الدين قال واذا جنى المكاتب جناية ثم اختلف المكاتب وولى الجناية فى قيمة المكاتب وقد علم انها ازدادت أو نقصت فالقول فى القيمة قول المكاتب لانكاره الزيادة وعلى المولي اثبات الزيادة بالبينة وانما شرط العلم بانها زادت أو نقصت لانه اذا لم يعلم ذلك ففى قول أبى يوسف الاول يحكم بقيمته فى الحال على قياس المدبر كما بينه فى أول الجنايات وكذلك لو فقئت عين المكاتب فقال المكاتب جنيت بعد مافقئت عيني فالقول قوله لان المولي يدعي سبق تاريخ فى جنايته الى ما قبل فقء العين وهو منكر ولان

الولي يدعي ثبوت حقه في العين المفقوءة والمكاتب منكر لذلك والقول قول المنكر مع يمينه وعلى المولى اثبات مايدعيه بالبينة والله أعلم بالصواب

كتاب الجنايات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله) ورضي عنه وعن أسلافه اعلم بان الجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال أو نفس ولكن في لسان الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفوس والاطراف فانهم خصوا الفعل في المال باسم وهو الغصب والعرف غيره في سائر الاسامي ثم الجناية على النفوس نهايتها مايكون عمدا محضا فانها من أعظم المحرمات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعا فقد جعل قتل نفس واحدة كتخريب العالم ان لو كان ذلك في وسع البشر وانما جعله كذلك لان الواحد يقوم مقام الجماعة في الدعاء الى الدين وفي الاعانة لكل من يستعان به فان التعاون بين الناس ظاهر فالذي يقتل الواحد يكون قاطعا لهذه المنفعة وأيد هذا قول النبي عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وقال عليه السلام سباب المؤمن فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تأويله قتاله لايمانه فظاهره يدل على عظم الجناية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنه لايرى التوبة لقاتل العمد ولم يؤخذ بقوله حتى روى ان رجلا سأله فقال ما تقول في من يقتل مؤمنا متعمدا فقال جزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما فقال الا من تاب وعمل صالحا ثم اهتدى فقال وأنى يكون له الهدى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يؤتى بقاتل العمد يوم القيامة عند عرش الرحمن والمقتول متعلق به ويقول يارب سل هذا فيم قتلني وفي ذلك نزل قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا وما نسخها شيء بعد نبيكم ولعظم الجناية في قتل العمد لم ير علماؤنا الكفارة على قاتل العمد لان الوعيد المنصوص عليه لا يرتفع بالكفارة والذنب فيه أعظم من أن ترفعه الكفارة ويستوي فيه ان كان عمدا يجب فيه القصاص أولا يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا والرجل اذا قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا عمدا والشافعي يوجب الكفارة باعتبار القتل ولكن لايقول انما يلحقه من المآثم يرتفع بالكفارة وكيف يقول ذلك والوعيد منصوص عنده عليه واستدل لايجاب الكفارة

بالقتل بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة والمراد ايجاب الكفارة بالقتل لا بصفة الخطأ لانه عذر مسقط وربما يقول المراد بالخطأ ما يضاد الصواب قال الله تعالى ان قتلهم كان خطأ كبيرا أى ضد الصواب ويقال فلان أخطأ فى مسئلة كذا اذا لم يصب والعمد ضد الصواب فتتناوله الاية والدليل عليه قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم الاية وانما يقتل المرء عدوه عمدا فعرفنا ان المراد ايجاب الكفارة بقتل العمد وفى حديث واثلة ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا أوجب القتل بالنار فقال عليه السلام اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بقتل العمد والمعنى فيه انه قتل آدمى مضمون فيكون موجبا للكفارة كالخطأ وشبه العمد وهذا على أصله صحيح لان اثبات الكفارة بالقياس جائز والزيادة على النص بالقياس جائزة عنده وقياس المنصوص على المنصوص مستقيم عنده وشيء من ذلك لا يجوز عندنا صحيح علينا نفصل الخطأ على طريق الاستدلال وهو أن الكفارة انما وجبت على الخاطئ لانه نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمعة والجماعات فعليه اقامة نفس مقامها وليس فى وسعه ذلك بطريق الاحياء فالزمه الشرع ذلك بطريق التحرير لان الحرية حياة والرق تلف في حق أحكام الدنيا وفى هذا المعنى العامد والمخطئ سواء وحجتنا فى ذلك قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فهذا يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع أجزائه ولو أوجبنا عليه الكفارة لكان المذكور بعض جزئه فيكون نسخا لهذا الحكم ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور فى الآية جزاء قتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء لرده وتبين بهذه الآية ان المراد بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ الخطأ الذى هو ضد القصد لانه عطف عليه العمد ولا يعطف الشيء على نفسه ولانه قابله بالعمد ومتى قوبل الخطأ بالعمد فالمراد ما يضاد القصد قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولانه استثنى الخطأ من التحريم بقوله الا خطأ والاستثناء من التحريم أباحة فلو حمل هذا على ضد الصواب أدى الى أن يكون القتل الصواب هو المحرم وهذا محال فعرفنا أن المراد الخطأ الذى هو ضد القصد فان أصل ذلك الفعل غير محرم لكونه رمى الى قصد الصيد أو الحربى لكنه باتصاله بالمحل المحترم يصير محرما ولكن لا يلحقه اثم نفس الفعل لكونه موضوعا عنه كما قال تعالى ولا جناح عليكم فيما أخطأتم به وانما يلحقه به نوع مأثم بسبب ترك التحرز والكفارة

تلزمه لمحو ذلك الاثم والاثم فى حق قاتل العمد ليس من ذلك الجنس حتى تمحوه الكفارة ثم ان الله تعالى ذكر أنواع قتل الخطأ ما يكون منه بين المسلمين وما يكون فى دار الحرب لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم أى فى قوم عدو لكم وما يكون فى حق أهل الذمة لقوله وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ونص على ايجاب الكفارة فى كل نوع ففيه أشاره الا أنه لامدخل للقياس فيه اذ لو كان للقياس مدخل لنص علي الكفارة فى نوع من الخطأ ليقاس عليه سائر الانواع وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ومن جملتها قتل نفس بغير حق والمشهور من حديث واثلة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب النار فيحتمل أن ذلك بسبب آخر غير القتل ولان صح قوله بالقتل فهو محمول على القتل بالحجر والعصا الكبير ثم مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم التطوع بالاعتاق عنه (ألا ترى) أنه خاطب به غير القاتل والكفارة لا تجب على غير القاتل والمعنى فيه أن هذا محظور محض فلا يكون سببا لايجاب الكفارة كالزنا والسرقة وتفسير الوصف انه حرام ليس فيه شبهة الاباحة وتأثيره أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فسببهما ما يكون دائرا بين الحظر والاباحة فكما أن المباح المحض وهو القتل بحق لا يصلح سببا للكفارة فكذلك المحظور المحض وانما السبب القتل الخطأ لانه باعتبار أصل الفعل مباح وباعتبار المحل الذى أصابه محظور فكان جائزا وشبه العمد كذلك فان القصد به التأديب والتأديب مباح والقتل بالحجر الكبير عند أبى حنيفة ليس بمحظور محض أيضا من حيث أن الالة باعتبار جنسها ليس بآلة القتل فتتمكن فيه الشبهة ولهذا لم يجعله موجبا للقود ولا يدخل على هذا قتل الاب ابنه عمدا فانه محظور محض وانما لم يكن موجبا للقصاص لانعدام الاهلية فيمن يجب عليه وكذلك قتل المسلم الذي لم يهاجر الينا محظور محض وانما لا يكون موجبا للضمان لانعدام الاحراز بالدار وبه لا تخرج الفعل من أن يكون محظورا محضا وكذلك المسلم يقتل المستأمن عمدا فان الفعل محظور محض وانما لم يجب القصاص به لانعدام تمام الاحراز ثم قد بينا أنه لا مدخل للقياس فى هذه المسئلة عندنا من الوجوه الذي بيناها وكلامه على طريق الاستدلال ممنوع فان الكفارة وجبت عندنا بطريق الشكر لان الشرع لما عذره بالخطأ وسلم له نفسه فلم يلزمه القصاص مع تحقق الفعل منه كان عليه أن يقيم نفسا مقام نفسه شكرا لله تعالى وذلك فى أن يحرر شبحا ليتفرغ لعبادة الله تعالى فاذا عجز عن ذلك شغل نفسه بعبادة

الله فصام شهرين متتابعين وهذا المعنى لا يوجب في حق العامد فان الشرع ألزمه القصاص وما سلم له نفسه والدليل على أن المعنى ليس ما قلتم انه لو قتل مستأمنا أو ذميا خطأ يلزمه الكفارة أيضا وما نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم يوضحه ان في نفس المقتول حرمتان والمال في الخطأ وجب باعتبار حرمة صاحب النفس فقط فتجب الكفارة باعتبار حرمة حق الله تعالى فاما في العمد الواجب هو العقوبة ولا تجب العقوبة الا باعتبار الحرمتين جميعا لان الفعل ما لم يكن موجبا للعقوبة انما يكون حراما لعينه لمجموع الحرمتين فلا يمكن اثبات الكفارة مع ذلك في أحكام الدنيا اذا عرفنا هذا فنقول جناية القتل أنواع ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد وقد يكون ذلك من الاحرار وقد يكون من المماليك وكذلك يكون على الاحرار تارة وعلى المماليك تارة وقد ذكرنا في كتاب الديات عامة أحكام هذه الانواع الا انه ذكر في هذا الكتاب بعض مالم يذكر هناك من الاحكام وفرع على بعض ماذكرنا من الاصول هناك فبدأ الكتاب بجناية المدبر وروى عن معاذ بن جبل ان أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما جعل جناية المدبر على سيده وعن عمر بن عبد العزيز انه جعل جناية المدبر على مولاه وعن ابراهيم وعن عامر رضى الله عنهما قالا جناية المدبر على مولاه والمراد به ما يكون موجبا للمال من جنايته كالخطأ والعمد فيما دون النفس فأما مايكون موجبا للقصاص فعلى الجاني خاصة ليس على المولي منه شيء والمراد بايجاب القيمة على المولى بجناية المدبر لا بايجاب الدية على المدبر لان المدبر مملوك والمستحق بجناية المملوك نفسه يدفع بها الا أنه بالتدبير السابق منع دفعه على وجه لم يصر مختارا الا انه ما كان يعلم انه يجنى ولو منعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصر مختارا بان لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك ان منعه بتدبير قبل الجناية وهذه القيمة في مال المولي لا تعقله العاقلة لان وجوبها بجناية مملوكه ووصلة الملك بين المملوك والمالك وهذه القيمة في ذمة المولي لا في ذمة المدبر لان جناية القن لا تتعلق بذمته فكذلك جناية المدبر وعند كثرة قيمة المدبر لا يجب على المولى أكثر من عشرة آلاف الا عشرة لان قيمته بعد الجناية عليه لا تزيد على هذا المقدار فكذلك قيمته عند الجناية منه ويستوى جنايته على النفس وما دونها لان فيما دون النفس الواجب على المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه لو كان ما كان الواجب دفعه أو فداه بارش الجناية فالقيمة هنا بمنزلة الدفع هناك الا أن التخيير بين القليل والكثير في الجنسين مستقيم وفي جنس واحد لا يستقيم عليه لخلوه عن

الفائدة فأوجبنا الاول لهذا فان مات المدبر بعد الجناية فعلى المولى قيمته في ماله لان جنايته ماتعلقت بنفسه ولا بذمته وانما أوجبت القيمة دينا علي المولى فبقاء المدبر وموته في ذلك سواء وان اختلفوا فى مقدار قيمته بعد موته فالقول قول المولى لانكاره الزيادة وعلى ولي الجناية اثبات مايدعيه بالبينة واذا اختلفوا فى قيمته وقت جنايته وهوحي وقيمته ألف فقال المولى لم نزل هذه قيمته منذ حنى وقال المولى كانت قيمته يوم الجناية أقل من هذه ولا يعلم متى كانت الجناية لم يصدق واحد منهما وأخذ بالقيمة على ما وجدعليه اليوم على قول أبي يوسف الاول وقال محمد اذا أقر المجنى عليه ان الجناية وقعت قبل اليوم فى وقت لا يدرى كم كانت قيمته فيه فالقول قول السيد وهو قول أبي يوسف الآخر ولو لم يعلم وقت الجناية عليه تجب قيمته للحال اضافة للحادث الي أقرب الاوقات ولو علم وقت الجناية وعلم انها كانت سابقة فعلى قول أبي يوسف الاول يحكم بقيمته فى الحال ولا يصدق المولى في النقصان ولا فى قيمته وفى قوله الآخر وهو قول محمد اذا أقر المجنى عليه ان الجناية كانت قبل اليوم فى وقت لا يدرى كم كانت قيمته يومئذ فالقول قول المولي وجه قوله الاول ان قيمته للحال معلوم وفيما مضى مسببه فيرد المسبب الي المعلوم ويجعل فى الحال شاهدا علي مامضي باعتبار الظاهر فيكون القول قول من شهد له الظاهر كما اذا اختلف رب الماء مع المستأجر فى انقطاع الماء فى المدة فانه يحكم الحال فيه (ألا ترى) انه لو كان عجل الدفع كان مدفوعا بالجناية فى الحال فكذلك اذا لم يكن عجل الدفع كان الواجب علي المولى قيمته فى الحال الا أن يعلم ان قيمته وقت الجناية كانت دون هذا وجه قوله الآخر ان جنايته لا تتعلق برقبته وانما يقوم فى الحال ليتبين به حكم متعلق برقبته ولكن موجب جنايته قيمته فى ذمة المولي وقت الجناية وقيمته في الحال لا يكون دليلا على قيمته وقت الجناية اذ القيمة تزداد تارة وتنقص الاخرى فان بقى بينهم الدعوى والانكار فالمولى يدعى الزيادة فيما هو دين له فى ذمة المولى والمولى ينكر ذلك فكان القول قول المولى كما فى سائر الدعاوى ثم ذكر فى الاصل فى الدعاوى الجناية علي طرف العبد وقد بينا هذا فى الزيادات فزاد ها هنا رواية عن أبي يوسف اذا قطع يد عبد كثير القيمة فصالح على عشرة آلاف فاني أردمن الصلح أحدعشر درهما وقال محمد لا يزاد بدل يدالعبد على خمسة آلاف الا خمسة وكان أبو يوسف يقول لما تعذر بدل نفسه بعشرة آلاف الا عشرة فلا بد من أن ينقص بدل طرفه عن بدل نفسه ولا نص فى مقدار هذا النقصان فقدره بدرهم واحداعتبارا

للآدمي ومحمد جعل بدل طرفه النصف من بدل نفسه كما في الحر وسوى هذا رواية عن محمد ان الواجب في بدل طرف المملوك نقصان القيمة فقط وهو رواية عن أبي يوسف أيضا وعلى قول أبي حنيفة بدل طرف المملوك يتقدر بنصف بدل نفسه اذا لم يتجاوز الدية الاان في رواية الحسن عن أبي حنيفة عم جميع الاطراف في ذلك وفي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة استثنى الاذن والشعر كالحاجب وشعر الرأس واللحية فقال أستقبح اعتبار المملوك بالحر في هذا وأوجب نقصان القيمة وجه قول محمد ان طرف المملوك في حكم المال بدليل انه لا يجرى فيه القصاص بحال ويتحمله العاقلة بالجناية عليه بمنزلة الجناية على سائر الاموال في أنها توجب نقصان المالية بدلا مقدرا وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الاطراف تابعة للنفس المملوك والحر في ذلك سواء فكما أن موجب الجناية علي طرف الحر نصف بدل نفسه فكذلك موجب الجناية على طرف العبد وجه رواية أبي يوسف ان البدل المقدر في الحر تارة يجب لتفويت الزينة وتارة يجب لتفويت المنفعة ومعنى الزينة في المملوك غير المطلوب وانما المطلوب المنفعة ففي كل طرف يجب بدله باعتبار تفويت المنفعة كان العبد فيه كالحر وفي كل ما يجب في الحر باعتبار تفويت الزينة والجمال كالشعر وقطع الاذن المملوك فيه لا يلحق بالحر ولكن يلحق بالمال فيجب النقصان وهذا لان المملوك يشبه الحر من وجه والمال من وجه والسبيل فيما يردد بين أصلين أن يوفر عليه حظهما واذا حفر المدبر بئرا في الطريق فوقع فيها رجل فمات فعلى المولي قيمته لانه بالحفر السابق جان على من وقع في البئر بطريق التسبب فان دفع المولى قيمته الي وليه بقضاء قاض فوهب الولي نصف القيمة للمولي ثم وقع فيها آخر قال يدفع الولي النصف الذي في يده كله الى الآخر لانه تبين أن القيمة المقبوضة كانت مشتركة بينهما نصفين فهبة المولى النصف ينصرف الى نصيبه خاصة دون نصيب شريكه فما بقي في يده كله نصيب شريكه ولانه صار مستهلكا كالقائم من القيمة اذ لا فرق بين أن يهب ذلك من المولى وبين أن يهب من أجنبي آخر وما استهلكه كالقائم في يده حكما فعليه أن يدفع نصف قيمته الى شريكه فان وقع فيها ثالث وقد غرم الواهب نصف القيمة للثاني بأمر القاضي فعلى الواهب لولي الثالث سدس القيمة لانه تبين أن القيمة الواجبة كانت بينهم اثلاثا وان حق الثالث في ثلث القيمة الا ان نصف ذلك في النصف الذي هو في يد الثاني ولا ضمان على الاول فيه لانه دفعه بقضاء قاض فيرجع به على الثاني ويأخذ منه ثلث ما في يده ونصف حقه وهو سدس القيمة كان

في النصف الذى وهبه الاول وهو مستهلك لذلك فلهذا يغرم له سدس القيمة ولا سبيل له علي المولى لان المولى قد أدى ما عليه من القيمة وانما يملك الموهوب بتملك صحيح من الواهب ولا سبيل لاحد عليه وان حفر المدبر بئرا فى الطريق فوقع فيها رجل فمات ثم كاتب المولى المدبر ثم وقع فيها رجل آخر فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ولا شيء على المكاتب لانه انما صار جانيا بالحفر السابق وقد كانت تلك الجناية قبل الكتابة فلهذا لا يجب على المكاتب شيء (ألا ترى) أنه لو أعتقه مولاه أو أدى بدل الكتابة فعتق ثم وقع فيها رجل كان على المولي قيمته ولا شيء علي المعتق ولا على عاقلته وعلى هذا يعتبر قيمته يوم الحفر لانه صار جانيا بذلك الحفر (ألا ترى) ان عند الوقوع قد يكون المدبر ميتا ولا تتحقق الجناية من الميت وعلي هذا لو أعتقه المولى بعد الحفر ثم وقع المولى فى البئر فمات كان دمه هدرا لانه صار جانيا بالحفر وهو كان مملوكا للمولى عند ذلك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر وكذلك لو وقع فيها عبد للمولي عند ذلك والمولى وارثه أو ابنه أو بعض من لا يرثه الا المولى فدمه هدر لانه لو اعتبر كان موجبا للمولى على نفسه الا المكاتب فان علي المولى الاقل من قيمة المكاتب يوم وقع فيها ومن قيمة المدبر يوم حفر البئر يؤدى من ذلك مكاتبته ومابقي فهو ميراث لان المكاتب اذا ترك وفاء فهو في حكم الاجنبي عن المولي فتعتبر الجناية عليه فى ايجاب الاقل من قيمته يوم وقع فى البئر ومن قيمة المدبر يوم حفر ليؤدي منه المكاتبة فتحصل له الحرية ثم مابقي ميراث فان كان للمكاتب ولد حر فهو ميراث له والا فهو للمولى بالولاء ويستوى ان كان حفر المدبر البئر قبل أن يكاتب المولي هذا العبد أو بعده لان جنايته فيما اتصلت به حين وقع فى البئر وهو مكاتب فى هذه الحالة وان كان الواقع فيها ابن المولي وله وارث غير المولي فهو ضامن حصة من يرثه معه من قيمة العبد ويسقط حصته بمنزلة دين آخر واجب للابن علي الاب ثم مات الابن فانه يسقط حصته من ذلك ويؤدى حصة الابن الآخر ولو حفر المدبر البئر ثم أعتقه المولى ثم مات المولي ثم وقع فى البئر انسان فمات كانت قيمة المدبر فى مال المولي لان الحفر كان جناية منه فى حال كونه مملوكا للمولى وكان موجبه القيمة علي المولي اذا اتصل الوقوع به فيكون هذا نظير ما لو حفر المولى بنفسه ثم وقع فيها دابة بعد موته فكما ان هناك قيمة الدابة تكون فى تركة المولي فيها هنا قيمة المدبر كذلك وان لم يترك المولى شيأ فلا شيء علي ورثته ولا على المعتق لما بينا ان موجب هذه

الجناية الدين فى ذمة المولى وليس على الوارث قضاء دين المورث من مال نفسه ولا على المعتق شيء من دين المعتق مدبر قتل دابة رجل وأحرق ثوب آخر فعليه السعاية فى قيمة ذلك كله لان جنايته على المال توجب الضمان دينا فى ذمته يقضى من كسبه وسعايته ولكن يصير بهذا مأذونا له فى التجارة حتى لا ينفذ سائر تصرفاته لان انفكاك الحجر منه يعتمد الرضا له من المولى به صريحا أو دلالة ولم يوجد وحاله هنا كحال العبد المحجور عليه يلزمه دين بالاستهلاك فلا يصير به مأذونا ولكنه لو اكتسب كسبا أو وهبت له هبة فذلك كله مصروف الى دينه فان قضى به دين أحدهما كان للاخر أن يشاركه فيه لان القاضى لما قضى لهما موجبا الدين فى ذمته فقد تعلق حقهما بكسبه فلا يملك تخصيص أحدهما بقضاء دينه وابطال حق الآخر بمنزلة العبد المحجور عليه يخص بعض غرمائه بقضاء الدين من كسبه وهناك حق الباقين حق المشاركة معه ولو ان رجلا أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره أو له مال غيره يخرج العبد من ثلثه ثم ان العبد قتل سيده خطأ فعليه أن يسعى فى قيمتين فى قول أبى حنيفة احداهما رد الوصية فان العتق فى المرض وصية ولا وصية للقاتل والاخرى لاجل الجناية لان المستسعى فى قيمة عبده مكاتب وجناية المكاتب على مولاه خطأ كجناية الاجنبي فيلزمه قيمته كذلك وعند أبى يوسف ومحمد عليه قيمة واحدة لرد الوصية والدية على عاقلته لان المستسعى عندهما حر عليه دين لجنايته خطأ تكون على عاقلته ولو أن عبدا جرح مولاه فاعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة فان كان المولى صاحب فراش سعى العبد فى قيمته لورثته وان كان المولى يجيء ويذهب فالعبد حر لا سبيل عليه لانه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والاعتاق منه بمنزلة الوصية ولا وصيه لقاتل واذا كان يذهب ويجيء فهو بمنزلة الصحيح ينفذ اعتاقه لا بطريق الوصية (ألا ترى) ان رجلا لو جرح رجلا جراحة وأقر له بدين وهو يجيء ويذهب جاز وان كان صاحب فراش لم يجز وحصل ذلك بمنزلة الوصية منه للقاتل ولو ان مدبرة قتلت مولاها خطأ وهى حبلى ثم ولدت بعد موته فلا سعاية على ولدها فى شيء من قيمته لانه وجب عليها السعاية فى قيمتها لرد الوصية فكانت كالمكاتبة عند أبى حنيفة والمكاتبة اذا ولدت ولدا فالولد يدخل فى كتابتها ويعتق بعتقها وليس عليه شيء من بدل الكتابة وعندهما هى حرة والولد ينفصل عنها حرا ولو جرحت مولاها ثم ولدت ثم مات المولى من تلك الجراحة فعليها السعاية فى قيمتها لرد الوصية ويعتق الولد من الثلث لان الولد انفصل عنها وهى مدبرة فان المولى حى حين ولدت وهى انما

تعتق بموت المولى وولد المدبرة مدبر ولم يوجد من الولد مايحرمه من الوصية فكان هـذا من الثلث مدبر تاجر عليه دين قتل مولاه خطأ فعليه أن يسعي في قيمة رقبته لغرمائه وما بقي من الدين عليه علي حاله أما وجوب السعاية عليه في قيمة رقبته فلرد الوصية حين قتل مولاه ثم غرماؤه أحق بهذه القيمة من المولى لان المولي صار ضامنا لهم شيأ فان حقهم كان في كسبه (ألا ترى) ان المولى لو أعتقه في حياته لم يغرم لهم شيأ فكذلك اذا أعتق بموته ولكن هذه القيمة بدل ماليته وغرماؤه أحق بمكاتبته من مولاه (ألا ترى) انه لو قتل في حياة مولاه كانت قيمته لغرمائه دون مولاه وأماوجوب ما بقي من الدين عليه فلان في حال حياة المولى كان الدين واجبا بمعاملته فبقي بعد موت المولي علي حاله وكذلك لو كان عبدا مأذونا عليه دين جرح مولاه ثم أعتقه المولى وهو صاحب فراش ثم مات من جراحه ولا مال له غيره لانه أعتقه وهو مريض فيكون ذلك بمنزلة الوصية ولا وصية لقاتل وان أعتقه وهو يجيء ويذهب فان كان ترك مالا فغرماء العبد بالخيار ان شاؤا أخذوا قيمة العبد من تركته لان المولى أتلف عليهم مالية رقبته بالاعتاق ويأخذون قيمته من تركته ويتبعون العبد ببقية دينهم وان شاؤا باعوا العبد بجميع دينهم لكن الدين واجب بمعاملته في ذمته ولا سعاية علي العبد لورثة المولى لان المولي أعتقه في صحته مدبر ضرب مولاه ورجلا أجنبيا خطأ بدئ باحدهما قبل الآخر الا ان كان الاجنبي مات قبل المولي فلورثة الاجنبي قيمة المدبر في مال المولي لانه صار قاتلا له وهو مدبر فيجب قيمته دينا في ذمة المولي ويستوفى من تركته بعد موته ويسعى المدبر في قيمته لورثته لانه صار قاتلا لمولاه فصار محروما من الوصية فعليه رد قيمته للورثة لبطلان الوصية وكذلك لو مات المولى قبل الاجنبي لان المدبر انما صار قاتلا للاجنبي بالضربة وقد وجدت منه في حال حياة المولي فيكون موجبها القيمة علي المولي (ألا ترى) ان مدبرا لو جرح رجلا ثم مات المولى بعد ذلك كانت القيمة في مال المولي وكذلك ان لم يعلم انهما ماتا أولا لان قد علمنا ان الجناية من المدبر لان قيمته كانت دينا لهم على المولي وما يسعى فيه المدبر ملك المولي وحق غرمائه في ملكه مقدم علي حق ورثته وان كان لرجلين مدبران لكل واحد منهما مدبر فقطع كل واحد منهما يد صاحبه فبرئا جميعا فان سيد كل واحد منهما يضمن نصف قيمة مدبر صاحبه يوم جنى عليه مدبره الا أن يكون قيمة مدبره أقل من ذلك لان موجب جناية المدبر الاقل من قيمته مدبرا ومن ارش الجناية فان ماتا جميعا ضمن كل واحد منهم قيمة مدبره الا أن يكون قيمة

مدبر صاحبه أول فحينئذ يلزمه ذلك لان كل منهما صار قاتلا لصاحبه بفعل كان منه في حياته فوته بعد ذلك لا يمنع وجوب القيمة على المولى وان مات أحدهما دون الاخر فعلى مولى الباقى الاقل من قيمة مدبره ومن قيمة المقتول وعلى مولى المقتول الاقل من قيمة الميت ومن نصف قيمة الحى لان ارش الجناية عليه هذا المقدار وان أعتقهما مولاهما بعد الجناية كان على كل واحد منهما الاقل من قيمة مدبره وارش جنايته على صاحبه الى يوم أعتق الآخر سيده ولا يضمن الفضل الذى حدث فى الجناية بعد العتق لان اعتاق المجنى عليه بمنزلة البرء فى انقطاع السراية به لمعنى يبدل المستحق وقد بيناه فى الديات مدبر بين رجلين أثلاثا جنا جناية فعليهما قيمته على قدر حصتهما فيه لان وجوب القيمة على المولي لمنعه دفع الرقبة بالتدبير السابق وانما منع كل واحد منهم بقدر ملكه فيلزمه من القيمة بقدر ذلك وكذلك لو كان أحدهما دبر نصيبه منه واختار الآخر تركه على حاله فى قول أبى حنيفة لان التدبير عنده يتجزأ الا أن الآخر لايخاطب بالدفع أو الفداء فى نصيبه لان مدبر البعض لا يحتمل التمليك كمعتق البعض فتيعذر عليه دفع نصيبه كما يتعذر عليه نصيبه مدبر بين رجلين على أحدهما جناية فعلي الآخر نصف قيمته له لان قيمته نصيب المجنى عليه فما يكون موجبا للمال عليه هدر وجناية نصيب صاحبه عليه معتبره (ألا ترى) أنه لو كان محل الدفع كان يخاطب صاحبه بدفع نصيبه اليه فكذلك يخاطب بدفع نصف القيمة اليه اذا كان نصيبه مدبرا فان أعطى ذلك بامر القاضى ثم جنى المدبر علي أجنبي فعلي المولي المجنى عليه نصف قيمة المدبر للاجنبى لان الجناية الاولي لم تثبت فى نصيبه فكانه لم يوجد من نصيبه الا هذه الجناية على الاجنبي فيغرم نصف قيمته له فيكون النصف الباقى فيما أخذه المولي المجنى عليه من صاحبه يقتسمانه علي مقدار انصاف جنايتهما لانه اجتمع فى ذلك النصف جنايتان والمولى لا يغرم بجنايات المدبر وان كثرت الا قيمة واحدة وقد غرم قيمة نصيبه للمجنى عليه مرة فلا يغرم شيأ آخر ولكن ما غرم يكون مشتركا بينهما الا ان الاجنبي قد وصل اليه نصف حقه فان ما بقى نصف حقه والمولى المجني عليه ما ثبت من الجناية عليه الا نصفه فكان هذا النصف بينهما نصفان فان جنى المدبر بعد ذلك جناية مالية لم يكن على المولبين بسبب هذه الجناية شئ آخر لان كل واحد منهما غرم قيمة نصيبه مرة ولكن الآخر يتبع المولي المجنى عليه الاول فيكون ما أخذه المولى والاول بينهما وبين هذا الآخر يضرب فيه كل واحد منهم بنصف حقه ويكون ما أخذ الاول أيضا من المولى المجنى عليه بينه وبين هذا الاخر

يضرب كل واحد منهما فيه بنصف الجناية لاستواء حقهما فيه وكذلك ان جنى بعد ذلك جناية أخرى فهو على هذا القياس والمعنى الذى بينا يعم الفصول كلها واذا جنى المدبر على أحد موليه جناية تزيد على قيمته فغرم شريكه له نصف قيمته بامر القاضي ثم جنى المدبر على الاخر فغرم شريكه له نصف قيمته بامر القاضى ثم جنى علي اجنبي جناية فانه يضرب مع كل واحد من الموليين فيما في يده بنصف الجناية لان كل واحد من الموليين غرم قيمة نصيبه بجناية المدبر مرة فلا يغرم شيأ آخر ثم حق الاخر استوى بحق كل واحد من الموليين فى النصف الذى وصل اليه من القيمة فكذلك يقسم كل نصف بينه وبين من فى يده نصفان رجل مات وترك مدبرا لا مال له غيره فجنى المدبر جناية فعليه أن يسعى فى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ويسعى المدبر فى ثلثي قيمته فى قول أبي حنيفة لان بموت المولى عتق ثلثه بالتدبير ولزمه السعاية فى ثلثي قيمته والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده وجناية المكاتب توجب عليه فى كسبه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية وعلى قولهما حر عليه دين فجنايته تكون على عاقلته وعاقلته عاقلة مولاه ثم عند أبي حنيفة حكمه فى الجناية كحكم المكاتب حتى اذا جنى جنايتين قبل أن يقضى القاضي عليه بشيء فليس عليه الا قيمة واحدة الا أن يكون القاضي قضي عليه للاول بالقيمة ثم جنى جناية أخرى فحينئذ تلزمه القيمة للثانى وعلى قول زفر لافرق بين ماقبل القضاء وبين ما بعده وهو قول أبي يوسف الاول وقد بيناهذا فى الديات وفيه اشكال ها هنا فان فى المكاتب جعلنا جنايته فى رقبته لتوهم دفعه بالجناية بعد العجز وهذا لا يتحقق فى معتق البعض فكان ينبغى أن يكون موجب جنايته القيمة فى ذمته ابتداء سواء قضي بها القاضي أو لم يقض ولكنا نقول الدفع هاهنا متوهم أيضا فان من العلماء من يقول معتق البعض يستدام فيه الرق فيما بقي منه ويكون محتملا للتمليك والتملك فان اجتهد القاضي هذا القول حكم به عند عجزه عن الاداء بعد حكمه فلهذا تتعلق جنايته برقبته كما تتعلق بجناية المكاتب الا أنهما يفترقان فى فصل وهو أن هذا المدبر لو مات بعد جنايته قبل أن يسعى فى ثلثي قيمته للورثة وعليه دين فان ماتركه بين أصحاب الجناية وأصحاب الدين الذين لهم عليه بالحصص بخلاف المكاتب فقد بينا أن هناك اذا لم يقض القاضي بالجناية على المكاتب حتى مات وعليه دين كان صاحب الدين مقدما على صاحب الجناية لان هناك بموته عاجزا تنفسخ الكتابة ويبطل حق ولى الجناية فكان صاحب الدين أقوى من هذا الوجه وهذا المعنى لا يوجد هنا فان بموته لا ينفسخ السبب الموجب للسعاية

عليه ولكن يتحول حق ولى الجناية الي القيمة باعتبار الناس عن الدفع سواء كان قضى القاضى بالدفع أولم يقض فلهذا كان مساويا لصاحب الدين ولو ترك ولدا له من ابنه ولم يترك مالا يسعى الولد فيما على أبيه لانه بمنزلة ولدا لمكاتبة وقد بينا أن الولد هناك بعد موت أبيه يسعى فى بدل الكتابة وفيما كان على ابنه لاصحـاب الدين والجناية فان كان المدبر قد سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضى عليه بالجناية حتى مات الاب يسعى فى ثلثى قيمة أبيه لان هذا بمنزلة بدل الكتابة وفيما على أبيـه لاصحاب الدين والجناية فان كان المدبر قد سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضى عليه بالجناية حتى مات الاب لم يسع الابن فى شئ لان الاب عتق باداء ثلثى قيمته الى ورثته والولد عتق بعتقه وانما كان يجب عليه السعاية لتنفيذ العتق بالاداء فاذا عتق بالاول فى حياته لم يطالب بشئ من دين أبيه كما لا يطالب به سائر ورثة أبيه رجل أوصي بعتق عبد له يخرج من ثلثه ثم مات الموصى فجني العبد جناية بعد موته قال يدفعه الي الورثة وتبطل الوصية أو يفدونه متطوعين من أموالهم ويعتقونه عن الميت لان الوصية بالعتق لا تصير منفذة بدون التنفيذ فجنى بعد موت المولى قبل أن يعتق كان هو بمحل الدفع وهو مبقي علي محل ملك المولى فيخاطب من يخلف المولى بالدفع واذا دفعه بطلت الوصية لفوات محلها فاذا اختار فداه فهو متطوع فى ذلك فى غير محله عليه فهو كما لو تبرع أجنبي بالفـداء عنه واذا ظهر عن الجناية يعتق عن الميت كما كان يعتق قبل الجناية فان لم يكن له مال غيره وفدوه أعتق واستسعي فى ثلثى قيمته لان الوصية بالعتق انما تنفذ من ثلثه وجناية المدبر الذمى بمنزلة جناية مدبر المسـلم لانه مانع دفع الرقبة بالتدبير السابق كالمسلم فان الذمى ملزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فليس له أن يتبع مدبره كما ليس له أن يتبع أم ولده وسواء ما جني قبل اسلامه وما جني بعد اسلامه ما لم يقض عليه بالسعاية لمولاه الذمى من أجل اسلام المدبر لان نفس الاسلام لا يضر مالم يقض عليه بالسعاية (ألا ترى) ان مولاه لو أسلم بقي مدبرا له علي حاله فيكون موجب جنايته على مولاه فان قضي القاضى عليه بالسعاية فى قيمته ثم جني كان عليـه فى كسبه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه صار بمنزلة المكاتب بقضاء القاضي (ألا ترى) ان مولاه لو أسلم بعد هذا بقي هو فى حكم المكاتب يعتق باداء القيمة الا ان يعجز عنها فيكون هو فى جنايته كالمكاتب وهذا بالاجماع أما عند أبى حنيفة فلان المستسعى بمنزلة المكاتب بقضاء القاضى وأما عندهما فلانه انما يسـعى ليعتق بخلاف معتق البعض وأما مدبر

العبد الحربى المستأمن فان كان دبره فى دار الحرب ثم جنى العبد فى دار الاسلام قيل للحربى ادفعه أوافده لان التدبير فى دار الحرب باطل بمنزلة الاعتاق فان الحربى اذا أعتق عبده فى دارالحرب كان عتقه باطلا واذا أخرجه الى دار الاسلام كان له أن يتبعه فكذا اذا دبره فى دار الحرب كان له أن يتبعه فى دار الاسلام وان كان بمحل التبع يخاطب مولاه فى جنايته بالدفع أوالفداء وان كان دبره فى دار الاسلام فهو بمنزلة مدبر الذمى لان تدبيره فى دار الاسلام صحيح كاعتاقه فيتعذر به دفع الرقبة ويلزمه القيمة بجنايته دينا عليه فان دبره فى دار الاسلام ثم لحق الحربى بدار الحرب والعبد فى دار الاسلام ثم جنى جناية لم يكن على العبد منها شئ لان موجب جناية المدبر القيمة دينا فى ذمة مولاه والدين فى ذمة الحربى لا تعلق له بمدبره فان رجع الحربى بامان أو مسلما أو أسلم أهل داره أخذه بقيمته كما يؤخذ بسائر الديون الواجبة عليه فان سبي الحربى فالمدبر حر لان نفسه تبدلت بالسبي من صفة المالكية الى صفة المملوكية وذلك كموته حكما فيعتق به مدبره لان الحرية حياة والرق تلف ولانه بالرق خرج من أن يكون أهلا للملك فلا يبقي المدبر على ملكه ولا يحتمل النقل الى غيره فيعتق لهذا والجناية تبطل لانها كانت دينا عليه والحربى اذا سبي عليه دين يبطل وقد بينا هذا فى المأذون وان قتل المولى ولم يسب أو مات فالمدبر حر وليس عليه شئ من السعاية للمسلمين ولا لورثة الحربى لان حكم الامان باق فى هذا المدبر ولا حرمة لحق ورثته من أهل الحرب فلا يجب على المدبر السعاية لحقهم ولكنه مدبر مات مولاه لا وارث له فيعتق كله من غير سعاية واذا فقأ الحر عين مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو قطع يديه أو أذنيه أو رجليه كان عليه نقصان ذلك لان ايجاب جميع القيمة على الجانى غير ممكن ها هنا فان شرط وجوب جميع قيمة الدية دفع الجثة بدليل انه لو كان قنا فغرم الجانى جميع القيمة بهذه الجناية سلمت له الجثة واتخاذ هذا الشرط متعذر فى هؤلاء فيكون الواجب نقصان المالية بمنزلة مالو جنى على المملوك جناية ليس لها ارش مقدر فانه يجب نقصان ولو فعل ذلك بعبد بأن فقأ عينه أو قطع يديه كان عليه قيمته كاملة فاذا أخذها المولى دفع اليه الجثة عندنا وقال الشافعى ليس عليه دفع الجثة الى الجانى ولكن يأخذ منه القيمة ويسلم له الجثة لان القيمة بدل عن الفائت خاصة فان الجناية على المماليك بمنزلة الجناية على الاحرار ولهذا يقدر بدل طرفه بكمال بدل نفسه كما فى الحريم الواجب فى حق الحر يكون بدلا عن الفائت دون القائم فكذا منه فى حق العبد وهذا على أصله مستقيم فانه يجعل

طرف العبد مضمونا بالقصاص بطرف الحر ولا أجمعنا على أنه لو قطع أحدى اليدين من العبد يغرم نصف القيمة ولا يملك به شيأ من الجثة بل يكون ذلك بدلا عن الفائت خاصة فكذلك اذا قطع اليدين اعتبارا للكل بالبعض وأصحابنا يقولون يوفر على المولي كمال بدل ملكه وملكه محتمل للنقل فلا يحتمل للبدل على نفسه على ملكه كالغاصب اذا أخذ منه المغصوب القيمة بطريق الصلح بالاتفاق أو بقضاء القاضى عندنا وهذا لان البدل والمبدل لا يجتمعان فى ملك رجل والضمان انما يجب جبرا للفائت فمع بقاء أصل ملكه فى العين لا يملك ايجاب الضمان بطريق الجبران ثم الدليل على أن الواجب هاهنا بدل عن جميع العبد لان الواجب يقدر بمالية العبد وان العبد صار فى حكم المستهلك لفوات منفعة الجنس منه ولو كان مستهلكا حقيقة كان الواجب من القيمة بدلا عنه فكذلك اذا صار مستهلكا حكما واذا ثبت أن الواجب بدل عن الكل فيملك به ما يحتمل التمليك دون مالا يحتمله والجثة وان كانت مستهلكة حكما فهى محل التمليك بخلاف ما اذا كانت مستهلكة حقيقة فأما فى الحر لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجثة اذ لا قيمة للحربى الحر لان جعل القيمة بمقابلة الجثة انما يجعل ليتملك والحر لا يحتمل ذلك فلو جعلنا الدية بمقابلة الجثة انما يجعل ليتمكن من اتلافه الجثة وهذا لا وجه له فأما اذا قطع احدى اليدين من العبد فهناك الجثة قائمة حقيقة وحكما لبقاء منفعتها فيجعل الواجب بمقابلة المتلف خاصة وهذا لان الواجب جزء من مالية المعتق والفائت جزء من العين فيمكن جعل الجزء بمقابلة الجزء وها هنا الواجب جميع مالية العين والفائت جزء من العين حقيقة وجميع المالية لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجزء فلهذا جعلنا القيمة بمقابلة الكل يوضحه أنه اذا غرم نصف القيمة بقطع احدى اليدين فأما ان ملك نصفا معينا من جانب اليد المقطوعة والحيوان لا يحتمل ذلك أو نصفا شائعا من جميع العبد فيكون ذلك ثلاثة ارباعه معنى لان اليد من الآدمى نصفه وقد فات النصف وملك نصف مابقى فذلك ثلاثة أرباع ولا يجوز أن يسلم ثلاثة أرباعه بضمان نصف القيمة فأما هاهنا الواجب جميع مالية العين ولا يسلم له الا جميع مالية العين تمليكا واتلافا فان أبى المولى ان يدفع الجثة لم يكن له أن يرجع بشئ على الجانى فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يرجع بنقصان المالية وفى ظاهر المذهب عندنا الخيار ثبت للمولى بين أن يدفع الجثة ويأخذ القيمة وبين أن يمسك ويأخذ النقصان وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول الخيار للجانى بين أن يأخذ الجثة ويغرم القيمة وبين أن يغرم النقصان

ولا يأخذ الجثة لان الضمان عليه فالخيار فى مقدار مايلزمه من الضمان اليه والاصح هو الاول ووجه قولهما أن العبد فى حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لايتعلق القصاص بالجناية على أطرافه بحال ولا تحمله العاقلة وتجب بالغة ما بلغت فعرفنا انه بمنزلة المال وفى الجناية على الاموال يثبت الخيار للمالك بمنزلة ما لو خرق ثوب انسان خرقا فاحشا أو قطع بعض قوائم دابة الغير كان لصاحبها الخيار بين أن يضمنه جميع القيمة ويسلم العين اليه وبين أن يضمنه النقصان فهذا مثله وهذا بخلاف الجناية على الحر لانه لايمكن النقصان في بدل نفسه بالجناية على طرفه وهاهنا يمكن النقصان من بدل نفسه بالجناية على طرفه فيعتبر النقصان هاهنا (ألا ترى) أن فى الجناية على المدبر يعتبر نقصان المالية لتعذر الدفع فكذلك فى الجناية على القن فاذا امتنع دفع الرقبة التحق بما لو كان الدفع متعذرا والدليل عليه أن البائع لو قطع يدى المبيع قبل القبض واختار المشترى امضاء العقد فانه يسقط عنه من الثمن حصة نقصان المالية لهذا المعنى ان يقطع اليدين النقصان فى بدل نفسه فيعتبر ذلك النقصان من قيمة الثمن فكذلك ها هنا وأبو حنيفة يقول الجناية على بنى آدم ان أوجبت كمال بدل النفس لا يكون موجب النقصان كما في الجناية على الاحرار وهذا لان كمال بدل النفس وجوبه بالنص والنقصان انما يكون بطريق الاجتهاد والحذر والاجتهاد فى غير موضع النص فمع وجود النص لامعنى لاعتبار النقصان وبه فارق المدبر لان ما وجب هناك جميع بدل النفس بالجناية علي أطرافه (ألا ترى) انه ليس للمولى أن يأخذ القيمة فوجب اعتبار النقصان بطريق المصير الي الاجتهاد في غير موضع النص وكذلك في جناية البائع لان مع امضاء المشترى العقد لا يجب جميع بدل النفس بجناية البائع فاعتبرنا منها النقصان لذلك وحقيقة المعنى فيه وهو ان الجناية على اطراف المماليك من وجه بمنزلة الجناية علي الاموال ومن وجه بمنزلة الجناية علي الاحرار (ألا ترى) انه يجب جميع بدل النفس بقطع الطرف وان الاطراف تابعة للنفس فاذا كان معنى النفسية معتبرا فى الجناية علي نفس المملوك فكذلك فى الجناية على أطرافه وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما فلشبهه بالجناية على الاموال قلنا اذا لم يكن محل الدفع يجب النقصان ولشبهه بجناية الاحرار قلنا اذا وجب كمال بدل النفس لا يعتبر النقصان فاذا ثبت ان الواجب ها هنا هو القيمة دون النقصان عن شرط استيفاء جميع القيمة تسلم الجثة فاذا منع المولى هذا الشرط باختياره لم يكن له أن يرجع بشىء كما لو كسر قلب فضة لانسان فان لصاحب القلب أن يضمنه

قيمة القلب مصوغا من الذهب ويسلم اليه المكسور واذا أمسك المكسور لم يكن له أن يرجع عليه بشيء لانه منع ايجاد شرط سلامة القيمة له فيكون كالمبريء له عن ضمان القيمة فكذلك هاهنا رجل غصب مدبر رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده على المولى فعلى المولى قيمته ويرجع به على الغاصب لان ذلك لزمه بجناية كانت عنده (ألا ترى) ان المغصوب لو كان عبدا فدفعه المولي بالجناية رجع بقيمته على الغاصب وكذلك لو كانت جنايته علي نفس عمدا فقتله عند المولى رجع على الغاصب بقيمته قنا كان أو مدبرا لانه تلف بسبب كان عنده فان غصب المدبر رجل آخر فقتل عنده قتيلا آخر خطأ فليس على المولى شيء لانه غرم القيمة بسبب جنايته مرة ولكن ولى الجناية الثانية يتبع ولي الجناية الاولي فيأخذ منه نصف تلك القيمة ثم يرجع المولي على الغاصب الآخر بنصف القيمة وهو ما أخذه ولى الجناية الثانية فيدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الاول استحق جميع القيمة فارغا ولان الثانى انما يستحق نصف الجناية على الاول بجناية المدبر عند الغاصب الثانى الا أن الرجوع بسبب الغصب وقد كان بين المولى والغاصب الثانى فهو الذى يرجع بنصف القيمة ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ولو غصب مدبرا فقتل المدبر الغاصب أوعبده أو رجلا هو وارثه لم يكن علي المولى المدبر من ذلك شيء فى قول أبى حنيفة لان المدبر يضمن بالغصب وقد بينا فى كتاب الديات ان جناية العبد المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عند أبى حنيفة لان اعتبارها لا يفيد شيأ فقرار الضمان يكون علي الغاصب فكذلك المدبر ولو جني المدبر عند الغاصب على مولاه جناية ففى قول أبى حنيفة يعتبر جنايته فيجب الضمان على الغاصب وفى قول أبي يوسف ومحمد جنايته علي مولاه وعلي مال مولاه هدر وقد بينا ذلك فى الديات فى العبد فكذلك فى المدبر وكلامهما فيه أوضح فالمدبر بالضمان لا يصير مملوكا للغاصب وأم الولد فى جناياتها والجناية عليها بمنزلة المدبر لانه يتعذر دفعها بالجناية بسبب لم يصر المولى به مختارا وفى وجوب ضمان أم الولد بالغصب اختلاف معروف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وكذلك فى وجوب السعاية عليها بعد ما عتق نصيب أحد الشريكين منها ولو أن أمة بين رجلين دبرها أحدهما ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه الواطىء ثبت نسبه منه فى قول أبى حنيفة لان التدبير عنده يتجزأ فنصيب المستولد باق على ملكه وذلك كاف لثبوت نسب الولد منه بالدعوة وعليه نصف قيمة الولد ونصف قيمة عقر الام لانه وطئها وهى مشتركة ولم يملك نصيب شريكه منها لاجل التدبير فيصير الولد مقصودا

بالاتلاف ولهذا يضمن نصف قيمة الولد مع نصف العقر لشريكه وجنايتها عليهما أو على غيرهما بمنزلة جناية مدبر هو بين اثنين فى الحكم فان مات الواطىء منهما عتق نصيبه منها ويسعى للاخر فى نصف قيمتها مدبرة لان الاستيلاد لم يثبت فى نصيب الشريك فان مات المدبر منهما عتق نصيبه اذا كان يخرج من ثلثه ولا سعاية عليها للمستولد لان نصيبه أم ولد ولا سعاية على أم الولد لمولاها عنده وفى قول أبي يوسف ومحمد هى مدبرة كلها للاول لان التدبير عندهما لا يتجزأ وعليه نصف قيمتها للواطىء لانه يملك نصيبها منه بالتدبير وجنايتها عليه وولدها له لم يثبت نسبه من الواطىء لانه انما استولد مدبرة الغير الا أن الحد يسقط عنه للشبهة فيلزمه العقر للمدبر ولا يثبت نسب الولد من الواطىء واذا جنى المكاتب جنايات ثم أعتقه سيده فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن ارش الجناية دينا فى ذمته لان جناياته كانت متعلقة برقبته وقد تحولت الي ذمته لوقوع الناس عن دفعه بسبب العتق الا أن المولي لا يصير ضامناشيأ لانه ماأتلف علي أولياء الجناية شيأ فانهم قبل العتق كانوا يطالبون المكاتب بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية فى كسبه وذلك باق لهم بعد العتق فان قضى عليه بذلك فرضى بعضهم جاز ما فعل ولم يشركهم الآخرون فى ذلك لان دين كل واحد منهم فى ذمته وهو حر والحر يملك تخصيص الغرماء بقضاء دينه وهو كدين آخر على المكاتب لاناس وكذلك لو فعل ذلك وهو مكاتب لان حق كل واحد منهم فى ذمته وهو قضاء ديونه من اكسابه بمنزلة الحر ولو لم يقض عليه بالجناية حتى عجز فأعتقه المولى وهو يعلم بها كان مختارا لانه بعد العجز كان مخيرا بين الدفع والفداء فاذا منع أحدهما صار مختارا للآخر اذا كان عالما بها وان لم يكن عالما فقد صار مستهلكا للرقبة فعليه قيمته وكذلك لو جنى وهو مكاتب ثم عجز قبل القضاء فجنى جناية أخرى فهما سواء فيه لان جنايته متعلقة برقبته فيخلص المولى بدفع الرقبة اليهما قبل الاعتاق ويدفع القيمة بعد الاعتاق ان كان لا يعلم بالجناية وان كان يعلم بها فهو مختار للارش فيها مكاتبة جنت جناية ثم جنى عليها بعد ذلك ثم عجزت قبل أن يقضى عليها وليها فالمولي بالخيار ان شاء دفعها وان شاء فداها فان فداها فقد طهرها عن الجناية فيتبع الجانى عليهما بالارش ان كان ذلك لم يأت على جميع قيمتها وان أتى علي جميع قيمتها من نحو فقء العينين أوقطع اليدين أو جدع الانف وقد برات من ذلك فالمولي بالخيار ان شاء دفعها الى الجانى وأخذ منه قيمتها وان شاء أمسكها ولا شئ عليه فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يرجع عليه بنقصان قيمتها وقد بينا هذا

وان اختار دفعها الي المجنى عليه قام المجنى عليه فى الجناية عليها مقام المالك فيتبع الجانى بارش الجناية ان كان لا يأتى علي جميع قيمتها وان كان يأتى على جميع ذلك فهو بالخيار ان شاء دفعها اليه وان شاء أخذ قيمتها وان شاء أمسكها ولا شيء له بمنزلة عبد جنى على رجل جناية ثم جنى عليه جناية ثم دفعه المولى بجنايته كانت الجناية على العبد المدفوع اليه العبد فكذلك فى المكاتب والارش مخالف للولد فان المكاتبة لو ولدت بعد الجناية ثم عجزت فدفعها المولي كان الولد للمولى وارش الجناية يكون للمجنى عليه لان الارش بدل جزء وكان تعلق حق المجنى عليه به وحكم البدل حكم المبدل والولد ليس ببدل عن شئ تعلق به حق المجنى عليه ولكنه زيادة تولدت علي ملك المولى فيكون سالما للمولى واذا جنى المكاتب جناية فقضي عليه بها ثم جنى أخرى فلم يقض عليه بها حتى عجز أو جناها بعد العجز وعليه دين فان المولى يدفعه بهذه الجناية ويتبعه صاحب الدين والجناية المقضى بها فيباع فيهما لان جنايته متعلقة برقبته مالم يتصل به القضاء وقد صارت الاولى دينا فى ذمته بالقضاء فقد اجتمع بعد العجز دين وجناية فيبدأ بالدفع بالجناية ثم يباع في الدين لمراعاة الحقين وجناية المكاتب على مولاه وعلى الاجنبي سواء ما لم يعجز لان موجب جنايته فى كسبه والمولي فى كسبه كأجنبي آخر قبل العجز فاذا عجز بطلت جنايته على المولى لان المولى صار أحق بكسبه فلا يجوز أن يجب له الحق فى كسبه بسبب الجناية (ألا ترى) انه لو جنى عليه بعد العجز كان هدرا فكذلك اذا جنى قبل العجز ثم عجز فان كان قد قضي عليه بجناية المولي والاجنبي وهما سواء ثم عجز بيع نصفه فى جناية الاجنبي العبد لان حق كل واحد منهما كان فى نصف القيمة دينا عليه وبالعجز يسقط نصيب المولى لان المولي لا يستوجب على عبده دينا ولكن لا يزداد به حق الاجنبي فيباع نصفه فى دين الاجنبي لهذا لا أن يقضي المولي عنه نصف القيمة وان كان قضى بجناية المولى عليه ثم جنى علي الاجنبي فقضى بها أيضا ثم عجز بيعت رقبته كلها فى جناية الاجنبي لان كل واحد منهما استوجب جميع القيمة دينا فى ذمته وبالعجز يسقط دين المولى ويبقى دين الاجنبي فيباع فيه الا أن يقضي المولى عنه رجل قطع يد مكاتبه فقضي عليه بذلك والمكاتبة الى أجل ثم جنى المكاتب جناية على رجل فقضى عليه بها ثم عجز فرد فى الرق قال لا تبطل جناية المولى على المكاتب ويباع المكاتب فى جناية الاجنبي فان لم يف ثمنه أو قطع بها رجع فيما على المولي لان نصف القيمه كان دينا له علي المولي بمنزلة كسبه وكسبه بعد العجز لا يسلم للمولي ما بقي عليه

دين والقيمة لولي جنايته دين عليه فيباع فيه فاذا لم يف ثمنه بالقيمة رجع بما بقي على المولى وهو بمنزلة مكاتب استهلك له مولاه ألف درهم وعليه دين أو ليس عليه دين ثم استدان بعد ذلك دينا ومكاتبته الى أجل ثم عجز أو مات اتبع المولى بذلك فكان بين سائر غرمائه بالحصص لان كسبه لا يسلم لمولاه ما لم يفرغ من دينه فان كان المكاتب جنى على أجنبي وقضى عليه بذلك ثم جنى عليه المولى جناية فقضي عليه بها ثم عجز بيع العبد في دين الاجنبي فان وفى والا نظر الى ما نقص من قيمة العبد يوم جنى المكاتب فيضمن المولى للاجنبي الاقل منه ومن ارش جنايته لان المولى بجنايته أتلف جزأ قد تعلق به حق ولي الجناية وبقضاء القاضي صارت القيمة دينا في ذمته لولي الجناية فيقضي من ثمنه وكسبه وما وجب على المولى بمنزلة كسبه فاذا لم يف ثمنه بدينه ضمن المولى ذلك لولي الجناية (ألا ترى) ان عبدا لو جنى جناية ثم جنى عليه المولى وهو لا يعلم بجنايته ثم اختار دفعه ضمن ما جنى عليه واستوضح هذا كله بمكاتب عليه دين ألف درهم واستهلك له مولاه ألف درهم ثم استدان بعد ذلك القائم مات ولم يترك مالا غير الدين الذي على مولاه أتبع الغرماء جميعا الاولون والآخرون المولى بتلك الالف حتى يأخذونها فيقسمونها ولو كان الدين يبطل فيما سبق عن المولى لم يكن على المولى في هذه الفصول شيأ الا للغرماء الاولين فهذا يوضح لك جميع ما سبق رجل جنى على مكاتبه جناية ثم مات المكاتب وترك ولدا ولد في المكاتبة ولم يدع شيأ فانه يرجع على الابن من المكاتبة بقدر ارش الجناية لان ذلك كان دينا على المولى للمكاتب وقد بقيت الكتابة لما خلف ولدا فيصير المولى مستوفيا ذلك القدر من بدل الكتابة بطريق المقاصة لان في حال حياة المكاتب انما كان لا تقع المقاصة لمكان الاجل في بدل الكتابة وبموته سقط الاجل في المال الذي خلفه كما لو ترك وفاء واذا صار المولى مستوفيا ذلك كان على الولد ان يسعى فيما بقي من بدل الكتابة فان كان على المكاتب دين تقضى على المولى بالارش فيؤخذ منه ويؤدى الى غريم المكاتب لان ما على المولى بمنزلة كسب المكاتب والدين في كسبه مقدم على بدل الكتابة بعد موته فيمنع ذلك وقوع المقاصة ولكن يأخذه الغريم من المولى ويسعى الولد فيما بقي من الدين والمكاتبة لانه قائم مقام أبيه فيما كان واجبا على أبيه ولو جنى المكاتب على مولاه جناية فقضى عليه بقيمته والجناية أكثر من القيمة ثم أعتق المولى نصفه فهذا وما لو أعتق كله سواء ولو أعتق كله بعد القضاء عليه بالجناية بقي ذلك دينا عليه يسعى فيه لمولاه لانه قبل العتق كان يسعى فيه فلا يزيده العتق الا

وكادة فكذلك اذا أعتق نصفه ويسعى فى قول أبى حنيفة مع ذلك فى الاقل من نصف القيمة ومن نصف المكاتبة لان العتق عنده يتجزأ فيجب اخراج الباقى الى الحرية بالسعاية وانما يلزمه الاقل لانه هو المتيقن به واذا قتل العبد رجلا خطأ ثم كاتبه المولى فالكتابة جائزة ان علم المولي بالجناية أو لم يعلم لانه باق على ملكه بعد الجناية والمولى متمكن من التصرف فيه (ألا ترى) انه لو وهبه أو باعه بعد ذلك منه لم تكن الجناية بعضها فكذلك اذا كاتبه فان كان المكاتب يعلم بالجناية فهو ضامن للارش لانه منع بالكتابة دفع الرقبة فيصير به مختارا الارش ويستوى ان عجز المكاتب أو لم يعجز وعن أبى يوسف قال ان لم يخاصم فى الارش حتى عجز كان للمولى أن يدفعه بالجناية بخلاف ما اذا خوصم وقضى القاضى بالارش لان الكتابة لا تزيل ملك المولي وهو يعرض الفسخ ففيه لا يكون اختيارا للارش وانما يتم به الاختيار اذا تأكد بقضاء القاضى لان المنع من دفع الرقبة انما يتحقق بعد المطالبة فاذا عجز قبل القضاء صارت الكتابة كان لم تكن والكتابة كانت تمنعه من دفعه بالجناية واقدامه عليه مع علمه بالجناية يكون اختيارا للفداء لبيعه رقبته من انسان فانه وان فسخ البيع بقضاء القاضى لم يسقط الارش عن المولي وان كان كاتبه وهو لا يعلم بجنايته فعجز قبل الخصومة فى الجناية خير المولى بين الدفع والفداء لان المولى ما صار مختارا شيأ هاهنا وانما يغرم القيمة لاستهلاك الرقبة فاذا ارتفع المانع من الدفع قبل قضاء القاضى فقد انقدم الاستهلاك فيخير بين الدفع والفداء بمنزلة ما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية ثم فسخ البيع بسبب هو فسخ من كل وجه قبل أن يخاصم فى الجناية فانه يخير بين الدفع والفداء وان كاتبه بعد ما قضى به لاصحاب الجناية قبل أن يقبضوه كان باطلا لان بقضاء القاضى تحول الى ملك ولى الجناية فانما كاتب ما لا يملك (ألا ترى) انه لو أعتقه أو باعه فى هذه الحالة كان باطلا فكذلك اذا كاتبه ولو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية فلم يقض بها حتى مات المكاتب ولم يدع شيأ فلا ضمان على المولى لانه لما أشرف على الموت تحقق عجزه عن اداء بدل الكتابة فانفسخت الكتابة فزال المانع من الدفع فخرج المولى من أن يكون مستهلكا وصار بمنزلة ما لو عجز فى حال حياته ثم مات بعد ذلك فيبطل حق ولي الجناية لفوات محل حقه ولو مات عن وفاء كانت عليه القيمة لان عقد الكتابة يبقى بعد موته فيتحقق من المولى استحقاق الرقبة بعقد الكتابة فيلزمه القيمة لهذا وكذلك ان ترك ولدا يسعى فى الكتابة لان عقد الكتابة يبقى ببقاء الولد كما يبقى باعتبار مال خلفه فان عجز فرد فى الرق لم

تبطل القيمة عن السيد قال لاني الزمتها اياه ومراده اذا عجز بعد ما قضى القاضى بالقيمة على الولد فأما اذا عجز قبل قضاء القاضى بالقيمة فقد بطلت الجناية لان الولد قائم مقام أبيه وقد بينا أن الاب او مات عاجزا قبل قضاء القاضى بالقيمة يبطل حق ولى الجناية بخلاف ما اذا مات بعد القضاء فكذلك اذا عجز الولد وليس فى عتق الولد شئ من حق ولى الجناية لما بينا أن حق ولي الجناية لا يسرى الى الولد واذا كان العبد بين رجلين فجنى جناية فكاتبه أحدهما بغير اذن شريكه فأدى اليه المكاتبة ثم جاء أصحاب الجناية فان كان علم بالجناية فهو ضامن لنصف الارش ولو لم يعلم فهو ضامن نصف قيمة العبد لانه فى نصيبه كان مخيرا بين الدفع والفداء وكتابته فى نصيبه تنفذ فى حق ولي الجناية وتتأكد باداء البدل فهو وما لو كان العبد كله سواء وأما الذى لم يكاتب فلا شئ عليه لانه ما أحدث بعد جنايته شيئا يصير به مختارا ولكنه يرجع على شريكه بنصف ما قبض من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ويضمنه قيمة نصيبه أيضا ان كان موسرا ويسعى العبد فيه ان كان معسرا ثم يدفع ذلك الى أصحاب الجناية لان نصيبه من العبد فات وأخلف بدلا فيدفع الي ولي الجناية الا أن يكون الارش أقل من ذلك وان أعتق نصيبه ضمن نصف القيمة لاصحاب الجناية لانه صار ذلك متلفا عليهم باعتاقه ولا سبيل لاصحاب الجناية على ما أخذه من المكاتب من نصف ما قبض من بدل الكتابة لان ذلك كسب نصيبه وليس لولى الجناية على كسب الجانى سبيل وان كاتب كل واحد منهما وهما يعلمان بالجناية أو كاتبه أحدهما باذن شريكه وهما يعلمان بالجناية فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد لان الكتابة عندهما لا تتجزأ وعند أبى حنيفة المكاتب يصير مختارا لنصيبه فأما الآذن لا يصير مختارا لان الكتابة عنده تتجزأ فى نصيبه فكان هذا فى حكم الجناية وما لو كاتبه بغير اذن شريكه سواء رجل كاتب عبدا وقد جنى جناية ولم يعلم بها ثم جنى جناية أخرى فقضي عليه بها ثم عجز ثم حضر أصحاب الجناية الاولي قال يدفعه المولي اليهم ويتبعه صاحب الجناية الثانية المقضى بها فيباع له فيها لان الجناية الاولي باقية في رقبته بعد عقد الكتابة فان المولى لم يكن عالما بها (ألا ترى) انه لو عجز قبل القضاء دفع بها فكان وجود تلك الجناية قبل الكتابة وبعده سواء وقد تحول حق ولي الجناية الثانية لان القيمة بقضاء القاضي فحين عجز كان عبدا قد اجتمع فى رقبته دين وجناية فيدفع بالجناية أو لا ثم يباع فى الدين لمراعاة الحقين وان لم يقض القاضي بشئ حتى عجز خير المولى بين أن يدفعه

بالجنايتين أو يفديه بالارش منهما واذا قتل المكاتب رجلا خطأ ثم قتل رجلا آخر خطأ ثم جاء ولي أحدهما فقضى له بقيمة العبد ولم يعلم بالجناية الاخرى ثم عجز المكاتب فان نصف قيمة العبد دين للمقضى له فى نصف العبد وجميع الجناية الاخرى فى النصف الباقى فان شاء مولاه فداه وان شاء دفعه لان الجنايتين اجتمعتا عليه فى حالة الكتابة فيكون حق كل واحد منهما في نصف القيمة وانما قضى القاضى للاول بجميع القيمة لجهله بالجناية الثانية فحين علم بها تبين ان قضاءه فيما زاد على النصف للمقضي له كان باطلا فكانه ما قضى له الا بنصف القيمة فاذا عجز كان نصف القيمة دينا له فى نصف العبد يباع فيه وحق ولى الجناية الثانية فى النصف الثانى لانعدام المحول الى القيمة وهو قضاء القاضي فيخير المولى فيه بين الدفع والفداء ولو لم يعجز وأخذ المقضى له فيه جميع القيمة ثم حضر الآخر فانه يقضي للآخر على المكاتب بنصف القيمة ويرجع المكاتب على الاول بنصف القيمة لانه تبين انه استوفى منه فوق حقه فان حقه كان فى نصف القيمة والنصف الآخر للثانى بخلاف ما اذا كانت احدى الجنايتين قبل الكتابة وقد غرم المكاتب ما كان منه قبل الكتابة لان هناك موجب الجناية الاولى على مولاه وموجب الجناية الثانية على المكاتب فلم يجتمعا فى حق المكاتب ولهذا كان قضاء القاضي للثانى بجميع القيمة صحيحا وها هنا موجب الجنايتين على المكاتب والمكاتب لا يلزمه بجناياته الا الاقل من قيمته ومن أرش الجناية * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم قتل رجلا آخر خطأ فقضي عليه باحدى الجنايتين ثم قتل آخر خطأ فانه يكون للمقضى له نصف القيمة التى قضى له بها لان عند القضاء كان الموجود منه جنايتين فحق كل واحد من المولين فى نصف القيمة وقد تحول حق المقضي له الى نصف القيمة بقضاء القاضي ثم تقضى للثالث بنصف قيمة العبد خاصة لان نصف القيمة فرغ من الجناية بتحويل القاضى حق الثانى الي نصف القيمة فيتعلق حق ولي الجناية الثانية بذلك النصف فلهذا يقضى له بنصف القيمة ويقضى أيضا بنصف القيمة للذى لم يقض له بشئ بينه وبين الثالث اثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للثالث لان فى هذا النصف اجتمع حق الاوسط وحق الثالث فان المحول لم يوجد وفى حق كل واحد منهما جنى الا أن يقضى لهما بنصف القيمة الا أن الثالث قد وصل اليه نصف حقه فلا يضرب فى هذا النصف الا بما بقى له والاوسط ما وصل اليه شئ من حقه فهو يضرب بجميع حقه فى هذا النصف فلهذا كان النصف بينهما أثلاثا ولو عجز قبل القضاء بالجناية الثالثة فاختار دفعه كان

نصفه بين الثالث والاوسط اثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للثالث ويكون النصف الباقي للثالث خاصة ويكون حق المقضى له دينا فى هـذا النصف لان حق الاول تحول الي ذمته فى هذا النصف فتعلق به حق الثالث فعند العجز اجتمع فى هذا النصف دين وجناية فيدفع بالجناية ثم يباع بالدين فى النصف الآخر فقد اجتمع فى هـذا نصف وحق الاوسـط فيدفع اليهما ويضرب فيه الاوسط بجميع حقه والثالث بنصف حقه لانه قد وصل اليه نصف حقه فلهذا كان النصف بينهما أثلاثا * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم فقأ عين رجل نقضى للمفقوءة عينه بثلث القيمة عليه ثم عجز قال يباع الثلث فى دين المفقوءة عينه ويدفعه المولى الى ولى النفس أو يفديه بجميع الدية لان حقهما كان تعلق به أثلاثا فان حق المفقوءة عينه فى خمسة آلاف وحق ولي النفس فى عشرة آلاف (ألا ترى) انه لو كان بمحل الدفع كان يدفع اليهما أثلاثا فكذلك القيمة فى المكاتب يكون بينهما اثلاثا ثم المحول وهو القضاء وجد فى حق المفقوءة عينه فيصير ثلث القيمة دينا له فى مالية ثلث الرقبة يباع فيه بعد العجز والثلثان حق مولى النفس ولم يوجد المحول فيه حتى عجز فيخاطب المولى بان يدفع اليه ثلثيه أو يفديه بجميع الدية فان لم يعجز حتى قتل رجلا خطأ ثم عجز فاختار دفعه فاما المقضى له فله ثلث القيمة دينا فى ثلث العبد وقد تعلق حق ولى الثالث بذلك الثلث فاجتمع فى ذلك الثلث دين وجناية فيدفع فى الجناية ثم يباع فى الدين وأما الثلثان فقد اجتمع فيهما حق ولى الاول وحق ولى الآخر ولم يوجد المحول فى حق واحد منهما فيدفع اليهما ثم يضرب فيه الاول بالدية والآخر بثلثى الدية لانه قد وصل اليه ثلث حقه فانما يقسم ثلثا الرقبة بينهما أخماسا على قدر حقهما ولو جنى المكاتب جنايتين فقضى لاحدهما بنصف القيمة فاداها اليه المكاتب ثم قضى للآخر وسلم ما استوفى لا شركة للثانى مع الاول فيما قبض لان حق أحدهما تميز عن حق الآخر (ألا ترى) انه تحول حق القيمة الى القيمة وحق الآخر فى نصف العبد حتى لو عجز قبل القضاء يدفع اليه نصفه فلا يكون له حق مشاركة المستوفى فيما استوفى سواء مات المكاتب أو لم يمت عجز أو لم يعجز * مكاتبة قتلت رجلا خطأ ثم فقأت عين آخر ثم ولدت ولدا فقضى عليها للمفقوءة عينه بثلث قيمتها ثم عجزت فان حق ولى النفس فى ثلثى رقبة الام يدفع أو يفدى لان المحول وهو القضاء لم يوجد فى حقه ويباع الثلث فى دين المقضي له فان لم يف الثلث بحقه بيع ثلث الولد فيه أيضا لان حق الغريم حق قوى فى الام فيسرى الى الولد (ألا ترى) ان أمة مديونة لو ولدت بيع ولدها معها فى

الدين بخلاف حق ولي الجناية وحق المفقوءة عينه صار دينا بقضاء القاضى فى الثلث فيثبت فى ثلث الولد أيضا فهو نظير مكاتبة عجزت وعليها دين وقد ولدت فى مكاتبتها فبيعت فى دينها فلم يف ثمنها به بيع ولدها فيه أيضا بخلاف حق ولى النفس *والذى يوضح الفرق أن حق صاحب الدين يثبت فى الكسب فكذلك يثبت فى الولد بخلاف حق ولى الجناية وان كان انما قضى لولى المقتول على المكاتبة بالسعاية فى ثلثى قيمتها ثم عجزت وقد ولدت فى مكاتبتها فحق المفقوءة عينه فى ثلث رقبتها ان شاء دفعه وان شاء فداه ولا سبيل له على شئ من ولدها ويباع ثلثها للمقضي له فان وفى والا بيع ثلثا الولد لان حق صاحب الولد صار دينا بقضاء القاضى والدين يسرى الي الولد وحق صاحب العين فى الجناية لم يصر دينا بعد فلا يسرى الى الولد *مكاتب قتل رجلا خطأ فقضى عليه بها ثم جني جنايتين فقضى عليه باحداها ثم عجز والجنايات مستوية وكل واحدة منها تأتى على قيمته فان القيمة للمقضى له دين فى جميع الرقبة لانه حين تحول حق الاول الى القيمة بقضاء القاضى لم يكن فى رقبته جناية سواها فيثبت حقه فى جميع القيمة دينا فى جميع الرقبة ثم لا يتغير ذلك الحكم بما يكون له من الجناية ونصف القيمة للمقضى له الآخر دين فى نصف الرقبة لان الجنايتين الاخريين تعلقتا برقبته فيكون حق كل واحد من المولين فى النصف وقد تحول حق المقضي له الي نصف القيمة بقضاء القاضى وبقي حق الآخر فى نصف العبد فيخاطب المولى بدفعه الى من لم يقض له أو الفداء فان فداه طهر هذا النصف عن حق الثالث وانما بقي فيه حق الاول فى نصف قيمته فيباع هذا النصف له خاصة وأما النصف الآخر فقد وجب فيه دينان دين المقضى له الاول ودين المقضي له الثانى فيباع هذا النصف ويقسم الثمن بين الاول والثانى أثلاثا لان الاول يضرب فيه بخمسة آلاف فقد وصل اليه نصف حقه والثانى يضرب فيه بعشرة آلاف فانه لم يصل اليه شئ هكذا ذكره الحاكم رحمه الله فى المختصر قال والاوضح عندى ان هذا النصف بينهما نصفان لان حق كل واحد منهما بقضاء القاضى حول الى نصف القيمة فى هذا النصف فكانا مستويين فى ذلك فيكون ثمن هذا النصف بينهما نصفين وان دفع المولى نصفه بالجناية بيع النصف المدفوع فى دين الاول خاصة لانه اجتمع فى هذا النصف دين وجناية فيدفع أولا بالجناية ثم يباع فى الدين ويبع النصف الباقى للآخرين نصفين لما بينا أن حقهما فى هذا النصف تحول الى القيمة وهما مستويان فيه وبهذا تبين ان ما ذكره الحاكم فى الفصل الاول من القيمة بينهما أثلاثا غلط ولو كان قضي

للآخرين أيضا بقيمة العبد ثم عجز بيع العبد فكان نصفه ثمنه للاول ونصفه للآخرين لان حق الاول ثبت في جميع القيمة وحق الآخرين بقضاء القاضي انما ثبت في قيمة واحدة أيضا *
مكاتب قتل ثلاثة أنفس خطأ فقضى لاحدهم بثلث قيمته ثم ان أحد الآخرين وهب جنايته للمكاتب ثم عجز المكاتب قال يباع ثلثه في دين المقضى له لان حقه بقضاء القاضي تحول الي ثلث القيمة دينا في ثلث المالية ثم يباع الثلث في دينه بعد العجز ويدفع المولي ثلثه الى الثالث ويبقى ثلثه للمولي لا حق لهما فيه لان القاضي حين قضى لاحدهم بثلث القيمة فقد قضى بالقيمة بينهم أثلاثا الا أن حق الثاني لم يتحول الى القيمة بعد فان عجز دفع المولى اليه من العبد بمقدار حقه وهو الثلث والثلث منه كان حق الواهب وقد اسقطه بالهبة فيبقى للمولى (ألا ترى) أن عبد الوجنى جنايتين فعفا أحدهما عن جنايته كان نصفه للسيد لهذا المعنى اذ حق كل واحد منهما في نصفه فحصة العافي تسلم للمولى وفي حصة الآخر يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وكذلك ان كان المكاتب جنى جنايتين فعفا أحدهما عنه وقضى للاخر بحقه ثم عجز بيع للآخر نصفه في دينه منه ويبقى العبد سالما للمولي وهو حصة العافي وكذلك ان كان في يد المكاتب مال يفي بدين المقضى له قضى دينه ويبقى سالما للمولي ان كان الآخر قد عفا وان لم يكن عفا خوطب المولى بدفع نصيبه اليه أو الفداء وان كان ما في يده لا يفي بحق المقضى له بذلك ثم بيع بقدر نصيبه ثلثا كان أو نصفا فيما بقي له من الدين فان كان عليه دين سوى ذلك تحاصا في هذا المال لاستواء حقهما فيه ثم يباع ما بقي من العبد في دين صاحب الدين لان دينه تعلق بجميع الرقبة فلا يسلم شئ من الرقبة للمولى ما لم يصل الى الغريم كمال حقه واذا ولد للمكاتب في كتابته من أمة له ولد فقتله رجل خطأ كانت قيمته للمكاتب لان من دخل في كتابته صار تبعا له (ألا ترى) أنه أحق بكسبه يأخذه فيقضى به من دين الكتابة فكذلك هو أحق ببدل رقبته واذا كان للمكاتبة ولد ولدته في المكاتبة فجني الولد جناية قضى عليه بالجناية ولم يلحق الام منها شئ لان الولد لما دخل في كتابتها صار مكاتبا للمولى لانه لو أعتقه ينفذ عتقه فيه وجناية المكاتب توجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يقال ان الام أحق بكسبه فينبغي أن يكون موجب جنايته عليها لانها انما كانت أحق بكسبه لتؤدى منه بدل الكتابة فتجعل العتق لنفسها وله حتى ان ما وراء ذلك من الكسب يكون للولد بمنزلة مكاتب آخر للمولى وضمان المكاتبة دينا على المكاتب باطل في رقها فان عتقت جاز ذلك الضمان

بمنزلة العبد اذا ضمن مالا عن انسان ثم عتق أخذ بذلك الضمان وكذلك ان ضمنت دينا آخر
علي الولد منه لم يصح ضمانها في حال رقها فان عتقت كان ضمانها صحيحا لزوال المانع وهو الرق
واذا كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت ولدا ثم قتله الاب فعليه قيمته للام لان
الولد دخل في كتابتها فانه جزء منها يتبعها في الرق والحرية فكذلك بدل الرقبة وكذلك في
الكتابة وجناية الاب علي الولد كجناية أجنبي آخر ولو قتله أجنبي آخر كان عليه قيمته للام لان
بدل الرقبة بمنزلة الكسب وكسب الولد للام دون الاب فكذلك بدل الرقبة وكذلك لو أديا
فعتقا فانه لا يسقط عنه شئ من ذلك لانه واجب عليه لها وبالعتق يتأكد حقها قبله وكذلك
لو قتل الابن أباه كان الضمان في قيمته لانه صار مكاتبا للمولى تبعا لامه لجنايته على أبيه كجناية
مكاتب آخر فيلزمه السعاية في قيمته وليس على الام من ذلك شئ وليس عليه من بدل الكتابة
شئ لانه تبع للام في الكتابة فان أدت الام عتقوا جميعا وكانت القيمة الواجبة عليه ميراثا
عن الاب بمنزلة سائر أكسابه ولو لم يقتل الولد الاب ولكن الام قتلت الولد لم يلزمها شئ
لان الولد جزء منها ولو قتله غيرها كانت القيمة واجبة لها فاذا كانت هي التي قتلته لو وجبت
القيمة وجبت لنفسها على نفسها وذلك لا يجوز وكذلك لو قتل الولد الام فليس عليه بسبب
الجناية شئ لانه جزء منها لجنايته عليها كجنايته على نفسه الا أنه يلزمه الكتابة بمنزلة مالو كانت
الام باقية ولانه قائم مقامها فان الكتابة تبقى بموتها حتى يؤدى البدل فعليه أن يسعى فيما كانت
الام تسعى فيه وان قتل الاب الولد كان عليه الاقل من قيمته ومن قيمة أبيه بسبب جنايته
وليس عليه من بدل الكتابة شئ لانه ما كان داخلا في كتابة أبيه فلا يقوم مقامه بعد موته
والام حية تسعى في الكتابة فلا حاجة للولد الي السعاية فيما على أبيه فان أدت الام جميع الكتابة
عتقا جميعا والسعاية الواجبة علي الولد بجنايته على الاب تكون ميراثا عنه تأخذ الام حصتها فما
أدت عنه بمنزلة كسب آخر يخلفه الاب ومابقي هو ميراث لورثة الاب ليس لهذا الولد منه
شئ لانه قاتل الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا يحرم الميراث بقتله عندنا وقد بيناه هذا في الديات
وأن حرمان الميراث بسبب القتل انما يثبت في حق من ينسب الى تقصير في التحرز وذلك
لا يتحقق في حق الصبي والمجنون ولان حرمان الميراث جزاء الفعل المحظور وذلك ينبني على
الخطاب فلا يثبت في حق الصبي وعند الشافعي الصبي بمنزلة البالغ في حرمان الميراث بسبب
القتل كما هو بمنزلة البالغ في الكفارة على مذهبه ولو أن رجلا كاتب عبدين مكاتبة واحدة

فولد لاحدهما ولد من أمته ثم جنى الاب على ولده أو جنى عليه فالجناية باطلة لانه دخل في كتابة أبيه فكان ماناله لجناية كل واحد منهما على صاحبه بمنزلة جنايته على نفسه لانهما كشخص واحد في حكم الكتابة فلو اعتبرنا جناية أحدهما على صاحبه بمنزلة جنايته على آخر كانت القيمة واجبة على واحد منهما وذلك لا يجوز ولو جنى المكاتب الآخر على الولد لزمته الجناية للاب لان المكاتب الآخر من هذا الولد كاجنبي آخر ولان المكاتب الآخر او جنى على الاب كانت جنايته معتبرة فكذلك ان جنى على الولد الذى لم يبع له فى الكتابة واذا ولدت المكاتبة ولدا ثم أقرت عليه بجناية أو دين لم تصدق عليه لان الولد صار بمنزلة المكاتب للمولى حين دخل فى كتابتها واقرارها على مكاتب المولي بالدين والجناية باطل وكذلك ان أدت فعتقت لان الولد ازداد بعد اعتاقها فان مات الولد قبل أن تؤدى من ماله أخذت باقرارها من ذلك المال لانها أحق بالمال الذى خلفه الولد وقد أقرت أن ذلك المال مشغول بحق صاحب الدين والجناية وان حقهما مقدم على حقها فتؤاخذ باقرارها وتجعل كانها جددت الاقرار بدين بعد موت الولد كمن أقر على مورثه بدين فى حياته ثم مات فصار المال ميراثا له وكذلك لو قتل الولد فاخذت قيمته لان قيمة نفسه بمنزلة كسبه فى انه يسلم لها اذا فرغ من دينه وجنايته فيكون اقرارها صحيحا فيه اذا خلص الحق لها (ألا ترى) ان الدين لو كان ثابتا على الولد بالبينة كان الغريم أحق بكسبه وقيمته اذا قتل ولو أقر الولد على الام بجناية أو دين لم يصدق لانه لو جاز كان على الام دونه ولا ولاية له على أمه فى أنه يلزمها دينا فان ماتت الام عن مال بدئ بالكتابة فقضيت لان اقرار الام كما لا يصح فى حق الولد لا يصح فى حق المولي وحق استيفاء بدل الكتابة من تركتها بعد موتها فاذا قضت الكتابة وحكم بعتقها كان الباقى ميراثا منها للابن فيؤاخذ باقراره فيما ورثه كما لو جدد الاقرار عليها بذلك بعد ماصار المال ميراثا له وان لم تدع الام شيأ فقضى على الولد أن يسعى فيما على أمه من الكتابة وهو مقر اليوم بالجناية التى كان أقر بها على الام فانه يقضي عليها بالسعاية فيها أيضا لان المقر يعامل فى حق نفسه كأن ماأقر به حق والثابت بالاقرار فى حق المقر كالثابت بالمعاينة ولو ثبت فى الكسب القائم فى يده. ولو ثبتت الجناية بالبينة كان على الولد السعاية بعد موتها فى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية مع بدل الكتابة فان عجز وقد أدى بعض الكتابة لم يسترد ما أدى ويبطل مابقى لان بالعجز صار كسبه ورقبته حقا للمولى واقراره فى حق المولى غير صحيح الا أنه لا يسترد من القابض ماأدي

لان حق المولى عند عجزه انما ثبت فى الكسب القائم فى يده وذلك خرج من ملكه الى ملك القابض بسبب صحيح فلا يثبت فيه حق المولى ولو أقرت المكاتبة على ولدها بدين وعلى الولد دين ببينة وفى يده مال قد اكتسبه فصاحب البينة أحق بماله لان دينه ثابت بحجة هى حجة فى حق الكل ودين الآخر انما ثبت باقرار المكاتبة واقرارها ليس بحجة على غيرها فان قضى صاحب البينة وفضل شئ كان للذى أقرت له الام لان الولد بمنزلة عبدها من حيث انها أحق بكسبه اذا فرغ من دينه وقد أقرت بان حق المقر له فيه مقدم على حقها فان عجزت أوعتقت لم يلزم رقبة الولد من اقرارها شيء لان بالعجز صار الولد عبدا للسيد فلا يجوز اقرارها عليه وبالعتق صار الولد حرا ولم يبق لها حق فى كسبه فلا يجوز اقرارها عليه فى ذمته ولا فى كسبه ولو قتل الولد وهى مكاتبة وأخذت قيمته صرفت فى الدين بمنزلة كسب خلفه الولد لانها أحق بجميع ذلك فان صرفت فى الدين ثم عجزت لم يسترد من ذلك شئ من المقر له لما بينا أن حق المولى انما ثبت بعد عجزها فيما بقى فى يدها فأما المصروف الى الدين فقد خرج من ملكها الى ملك المقر له فلا يثبت حق المولى فى شئ منه *ولو غصب المكاتب عبدا فهلك عنده ضمن قيمته بالغة ما بلغت وكذلك سائر الاموال لان ضمان الغصب بمنزلة ضمان العقد من حيث انه يوجب الملك فى المضمون والمكاتب فى ذلك بمنزلة الحر بخلاف ضمان الجناية فانه لا يجب على المكاتب بسبب الجناية الا الاقل من قيمته ومن أرش الجناية اعتبارا للمكاتب بالقن وضمان المال بسبب الغصب والاستهلاك يجب على القن فى ذمته بالغا ما بلغ وضمان الجناية لا يوجب على المولى الا دفع الرقبة بها فكذلك فى حق المكاتب فان غصب المكاتب عبدا قيمته ألف درهم فصارت قيمته فى يده ألفين ثم قتله وقتل آخر خطأ فولي العبد بالخيار لانه وجد من المكاتب فى عبده سببان موجبان للضمان الغصب والقتل فكان له أن يضمنه باى السببين شاء فان اختار تضمينه بالقتل قضى على المكاتب بقيمته واقتسم المولى العبد المغصوب وولى الحر يضرب فيه المولى بالفى درهم قيمته وقت القتل وولى الحر بالدية لانه لما اختار تضمينه بالقتل فقد أبرأه عن ضمان الغصب فيجعل كما لو قتله فى يد مولاه وان أراد المولى أن يضمنه بالغصب ضمنه قيمته يوم غصبه ألف درهم وقضى عليه لولى الحر بقيمة المكاتب بسبب جنايته على الحر ولا يشتركان فى ذلك لان ما وجب بسبب الغصب يكون دينا فى ذمته وما وجب بسبب القتل يكون فى رقبته فلا تتحقق المشاركة بينهما فيه بخلاف

الاول فهناك الواجب عليه لهما بسبب الجناية فيشتركان فى القيمة الواجبة على المكاتبة بقدر حقهما وكذلك او كانت قيمته يوم غصب أكثر القيمتين فهذا والاول فى التخريج سواء *رجل كاتب نصف عبد له فاستهلك العبد مالا لرجل فذلك دين فى عنقه يسعى فيه ولا يباع شئ منه فى الدين لان عندهما صار الكل مكاتبا وعند أبى حنيفة رحمه الله النصف منه مكاتب ومكاتب النصف لا يحتمل البيع كمكاتب الجميع فيكون عليه ولو ان مكاتبا قتل عمدا وله وارث فى كسبه غير المولى أو ليس له وارث غيره ولم يترك وفاء فى قيمته ولا وفاء بالمكاتبة فلا قصاص فيه لان فى ايجاب القصاص ضررا على المكاتب وفى ايجاب القيمة توفر المنفعة عليه لانه يؤدى عنه كتابته فيحكم بحريته وحق المقتول فى بدل نفسه مقدم على حق غيره فايجاب ما ينتفع به المقتول أولى من ايجاب القصاص الذى لا منفعة فيه للمقتول ولا لمن له القصاص بسببه اذا ترك وارثا غير المولى واشتباه من له القصاص يمنع وجوب القصاص وان ترك وفاء وله ولد حر فلا قصاص فيه أيضا وان اجتمع فى طلبه المولى والولد لاشتباه المستوفى كان على قول على وابن مسعود رضي الله عنه يؤدى كتابته فيحكم بحريته والقصاص لولده وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله عنه يموت عبدا فيكون القصاص لمولاه واختلاف الصحابة يورث الشبهة ولان المولى يأخذ بدل الكتابة من تركته فيحكم بحريته فباعتبار ابتداء القتل القصاص للمولى لانه جناية على ملكه وباعتبار المآل القصاص للوارث لانه يحكم بموته حرا فلاشتباه المستوفى كذلك وكذلك ان اجتمعا على استيفاء القصاص لان أصل الفعل لم يكن موجبا للقصاص فباجتماعهما لا يصير موجبا وان لم يدع المكاتب شيأ فلا قصاص فى هذا الوجه للمولى ومراده من هذا الفصل اذا لم يكن فى قيمته وفاء بالكتابة أما اذا كان فى قيمته وفاء بها فقد ذكر قبل هذا أنه لا يجب القصاص أيضا وان ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فللمولى القصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه متعين للاستيفاء مات حرا أو عبدا وفى قول محمد رحمه الله لا قصاص فيه لاشتباه السبب وقد بينا المسئلة فى كتاب المكاتب *رجل قطع يد مكاتب ثم جنى المكاتب على القاطع جناية ثم عجز فعلى الحر أرش الجناية للمولى ويدفع المولى عبده مقطوعا أو يفديه لان ما وجب على الحر بجنايته بمنزلة كسب المكاتب وكسبه للمولى بعد العجز ثم حق المجنى عليه تعلق بالعبد مقطوعا لان الجناية وجدت منه وهو أقطع اليد فيخاطب مولاه بالدفع لذلك بعد العجز أو الفداء وان كانت جناية المكاتب على الحر قبل

جنايته عليه قيل للمولى ادفعه أو افده فان دفعه بطلت جناية الحر عليه لانه جنى على الحر ويده صحيحة فيتلاق حق ولي الجناية بيده ثم يحول الى بدله بالجناية عليه فاذا اختار المولى دفعه كان عليه ان يدفع ارش اليد معه لو كان الجانى أجنبيا آخر فاذا كان هو المجنى عليه فقد ملك ما عليه من ارش اليد فيسقط ذلك عنه وان فداه أخذ المولى من الحر أرش جنايته على العبد لانه وصل الى المجنى عليه كمال حقه وطهر العبد من الجناية فيكون ارش يده خالص حق المولى * رجل كاتب نصف عبده ثم قطع رجل يديه فعليه ضمان النقصان لان مكاتب النصف مكاتب الكل فى أنه يتعذر تسليم الجثة الى الجاني وقد بينا فى الديات ان ذلك يمنع وجوب ضمان جميع القيمة على الجانى فانما يلزمه ضمان النقصان ثم نصف ذلك للمولى ونصفه للمكاتب لان النصف منه مكاتب والنصف مملوك للمولى غير مكاتب فى قول أبى حنيفة وضمان النقصان بمنزلة كسب اكتسبه المكاتب فيكون نصفه لمولاه ونصفه للمكاتب واذا قتل عبد المكاتب رجلا خطأ فاختار المكاتب فداءه بالدية وقضى عليه بها فهو دين فى عنق المكاتب لان المكاتب فى عبده بمنزلة الحر وفى اختيار الفداء منفعة له وهو استخلاص عبده عن الجناية فيكون هو فيه كالحر وتكون الدية عليه دينا بقضاء القاضى بمنزلة سائر ديونه ويطالبه به فى حال الكتابة وان عجز بيع فيه الا أن يؤديه المولى عنه وعلى هذا لو أقر المكاتب على عبده بجناية جاز اقراره عليه ويخير المكاتب فيه بين الدفع والفداء بمنزلة الحر يقر على عبده بذلك وكذلك لو صالح من جناية على عبده فهو فى ذلك بمنزلة الحر وقد بينا حكم هذا فيما اذا عجز وأدى فى الديات * رجل كاتب نصف عبده ثم جنى المكاتب جناية ضمن المولي نصفها وسعى المكاتب فى نصفها لأن المكاتب أحق بنصف كسبه فيكون موجب الجناية عليه فى ذلك النصف والمولى أحق بنصف كسبه باعتبار ملكه فيكون موجب الجناية عليه فى ذلك النصف وانما يلزمه الاقل من نصف القيمة ومن نصف الارش لانه صار مانعا دفع هذا النصف بالكتابة السابقة ولم يصر مختارا بذلك فيكون مستهلكا ضامنا للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد فان قضى بذلك عليهما ثم عجز بيع نصفه فى النصف الذي قضى به عليه وكان النصف الآخر دينا على المولى لان الحق بقضاء القاضى تحول من نصف نفسه الى نصف القيمة دينا فى ذمته فيباع ذلك النصف فيه بعد عجزه فاما النصف الآخر فانما قضى به دينا فى ذمة المولى فلا يتغير ذلك بعجزه لانه حين قضى به كان السبب القضاء وهو تعذر الدفع قائما فان لم يعجز ولكن قتل آخر خطأ فانه

يقضى على المكاتب بنصف قيمة أخرى لانه فى النصف هو مكاتب فيه وقد تحول حق الاول الى القيمة بالقضاء فيتعلق حق الثانى بهذا النصف فيقضى عليه بنصف قيمة لهذا ويدخل الثانى مع الاول فى نصف القيمة الذى قضى به على المولى لان المولى ما منع بالكتابة السابقة الا نصف الرقبة فلا يغرم باعتباره الا نصف القيمة وقد أدى ذلك النصف الى الاول فليس عليه شئ آخر ولكن الثانى يشارك الاول فيما قبض من المولى من نصف القيمة وان عجز قبل أن يقضى للثانى قيل للمولى ادفعه الى الثانى أو افده لان الجناية الثانية تعلقت برقبته باعتبار توهم الدفع بعد العجز فان دفعه تبعه الاول بنصف القيمة دينا فى ذمته لان حق الاول تحول الى نصف القيمة بقضاء القاضى فاجتمع فى ذلك النصف دين وجناية فيدفع بالجناية ثم يباع فى الدين ويكون للاول على المولى نصف القيمة لقضاء القاضى له بذلك *رجل كاتب نصف أمته ثم ولدت ولدا فجنى الولد جناية فانه يسعى فى نصف جنايته ويكون نصفها على المولى لان الولد بمنزلة الام نصفه مكاتب ونصفه مملوك للمولى ففى النصف الذى هو مكاتب موجب جنايته عليه وفى النصف الآخر موجب جنايته على المولى الا أن الدفع للمولى متعذر بسبب الكتابة السابقة فعليه نصف قيمته فان أعتق السيد الام بعد ما جنى الولد عتق نصف الولد وسعى فى نصف قيمته للمولى لان نصف الولد كان مكاتبا تبعا لامه فيعتق بعتقها والنصف الآخر كان مملوكا للمولى وقد تعذر استيفاء الملك له بسبب عتق النصف فعليه السعاية فى نصف القيمة للمولى ونصف الجناية على الولد باعتبار أن نصفه كان مكاتبا وقد تأكد ذلك بالعتق وكذلك حكم الجناية اذا أعتق المولى الولد الا أن هناك لا سعاية على الولد لانه انما عتق باعتاق المولى اياه وفى الاول انما عتق بحكم السعاية فى الكتابة وذلك كان فى النصف منه دون النصف ولو لم يعتق أحد منهما ولم يجنيا على الاجنبى ولكن جنى أحدهما على الآخر لزم كل واحد منهما من جنايته الاقل من قيمته ومن نصف الجناية باعتبار الكتابة فى النصف ثم نصف ذلك على المولى باعتبار أن النصف مملوك له وهو مستهلك بالكتابة السابقة ونصفه على الجانى للمولى باعتبار أن المجنى عليه نصفه مملوك للمولى غير مكاتب فيصير بعضه بالبعض قصاصا لانه وجب لكل واحد منهما على صاحبه مثل ما لصاحبه ولو جنت الام ثم ماتت قبل أن يقضى عليها ولم تدع شيأ فولدها بمنزلتها يسعى فى نصف الجناية والكتابة لان نصف الولد مكاتب معها ولو كان الكل تبعا لها كان يقوم مقامها فى السعاية فيما عليها من بدل الكتابة وموجب الجناية

فكذلك اذا كان دينا في ذمة المولى ابتداء فلا يسقط ذلك بموتها لجناية المدبر ويستوى ان كان قضى عليها بالجناية أولم يقض أما فى النصف الذى هو على المولى فغير مشكل وفى النصف الذى هو عليها فلان الكتابة بقيت ببقاء من يؤدي البدل وتصير جنايتها دينا بموتها عمن يؤدى كما تصير دينا بموتها عمن يؤدي له بدل الكتابة فكان القضاء وغير القضاء فيه سواء فان جنى الولد بعد ذلك جناية ثم عجز وقد كان قضى عليه بجناية أمه فان الذي قضى به عليه من جناية أمه دين فى نفسه غير أن للمولى ان يدفعه بجنايته لان حق ولى جنايته تعلق برقبته وزال المانع من دفعه بعجزه قبل القضاء فيكون للمولي أن يدفعه بجنايته وان شاء فداه فان فداه بيع نصفه فى الدين الذي على أمه وان دفعه لم يتبعه فى هذا الدين لانه دين أمه وحق ولى جنايته مقدم على حق صاحب دين أمه فلهذا لم يتبعه المقضى له بنصف القيمة فى ملك المدفوع اليه * رجل كاتب نصف عبده فجنى جناية ثم كاتب النصف الباقى فجنى جناية أخرى ولم يكن قضي للاول فان علي الاول نصف الجناية الاول ويقضى على المكاتب بقيمته لانه حين جني على الاول كان النصف منه مملوكا للمولى غير مكاتب فكان الدفع منه متعذرا فوجب علي المولى نصف قيمته لولي تلك الجناية دينا ذمته ثم جنى على الثانى وهو مكاتب كله فيقضى عليه بقيمته وتكون نصف هذه القيمة لولى الجناية الثانية خاصة لان الذى كوتب منه آخرا ماثبت فيه الا حق ولى الجناية الثانية فقيمة هذا النصف عند قضاء القاضي تكون له خاصة والنصف الآخر وهو الذى كوتب منه أولا قد تعلق به الجنايتان جميعا فقيمة ذلك النصف اذا قضى به القاضي يكون بينهما نصفين لاستواء حقهما فيه فقد وصل الى كل واحد منهما نصف حقه وانما بقي له نصف حقه فان عجز قبل قضاء القاضى دفعه اليهما أو فداه فان كان قضي عليه بالجناية الاولى قبل أن يجنى الثانية ثم عجز فان للمقضى له نصف ماقضي له على المولى ونصفه دين فى نصف العبد ويدفع العبد الي الثانى أو يفديه لانه حين جنى على الثانى كانت الرقبة فارغة عن الجناية الاولى فيتعلق حق ولي الجناية الثانية به فيدفع اليه بعد العجز أو يفدى بالدية فان دفعه تبعه الاول فيباع له فى نصف قيمته لما قلنا ان نصف القيمة صار دينا في ذمته بقضاء القاضى فيتبعه ذلك فى ملك المدفوع اليه ويباع فيه الا أن يقضيه عنه ولو كاتب نصف عبده فجنى جناية ثم كاتب النصف الباقي فجنى جناية ثم عجز عن المكاتبة الاولى يرد ذلك النصف الى الرق لان كل نصف بمنزلة شخص على حدة فالعجز فى النصف الاول لايوجب العجز

في النصف الثاني وانما تنفسخ الكتابة فيما تقرر فيه سببه ثم يقضى على المولى للاول خاصة بنصف جنايته ونصفها بينه وبين الثاني يضرب كل واحد منهما فيه بنصف جنايته لان الجناية الاولى كان قد أوجب على المولي نصف القيمة لانه حين جنى تلك الجناية كان النصف منه للمولى ملكا فلا يتغير ذلك الحكم لعجزه وفي النصف الآخر كانت الجناية على الاول متعلقة بنصف الرقبة وقد تعلق أيضا جنايته على الثاني بذلك النصف وكان على المولى دفع ذلك النصف بالجنايتين بعد عجزه عن المكاتبة الاولي لولا الكتابة الثانية وهو بالكتابة الثانية صار مانعا دفع ذلك النصف علي وجه لم يصر مختارا فعليه نصف القيمة بين ولي الجنايتين نصفين وعلي المكاتب نصف القيمة أيضا لولى الجناية الثانية لانه جنى عليه والنصف الباقى مكاتب فوجب جنايته عليه في هذا النصف مابقيت الكتابة وهى باقية وان عجز عن المكاتبة الثانية خاصة ولم يعجز عن الاولى فعلى المولى هنا الاقل من نصف قيمته ونصف الجناية الاولي وهو للاول خاصة ونصف الجناية الاخيرة فيضرب كل واحد منهما بنصف جنايته ويقضى على المكاتب فى النصف الذي كوتب أخيرا بالاقل من نصف قيمته ومن انصاف جنايتهما وهذا كله على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فاما عندهما اذا كاتب الرجل نصف عبده فهو مكاتب كله والحكم فى جنايته كالحكم فى جناية المكاتب على ما سبق * رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة ثم جنى أحدهما جناية سعى فى الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولم يلزم صاحبه منها شئ ان عاش هذا أو مات لان كل واحد منهما مقصود بعقد الكتابة بمقابلة بعض البدل فاتحاد العقد واختلاف العقد فيما يلزم كل واحد منهما بالجناية والدين سواء ولو كوتب كل واحد منهما بعقد علي حدة لم يلزم أحدهما شيء مما علي صاحبه من جناية أو دين فكذلك اذا كوتبا بعقد واحد وانما صار كل واحد منهما مطالبا بجميع بدل الكتابة لاجل الضمان ولانه لا يتوصل الى العتق الا باداء جميع البدل وهذا المعنى غير موجود فى الدين والجناية وعلى هذا لو قتل أحدهما صاحبه خطأ وقيمتهما سواء فعليه قيمة المقتول بمنزلة مالو كانا مكاتبين فى عقدين ثم الحى منهما يسعى فى جميع الكتابة وتبقى الكتابة فى حق الميت لانه مات عمن يؤدى البدل ولان العقد واحد فلا يمكن فسخه فى حق الميت مع ابقائه فى حق الحى ولا بد من ابقاء العقد فى حق الحى وهذا لا يتوصل الى الحرية الا باداء جميع البدل واذا أداها عتق واستوجب الرجوع على صاحبه بما يؤدى عنه من حصته فيصير ذلك قصاصا بما لصاحبه عليه من القيمة

ويؤدى فضلا ان بقى عليه ويرجع بفضل ان كان بقي له ولو كاتب أمتين له مكاتبة واحدة فولدت احداهما ولدا ثم جنى الولد على الاخرى فادت أمه المكاتبة عتقوا فان الام ترجع على صاحبتها بحصتها من المكاتبة لانها أدت ذلك عنها بحكم صحيح بامرها ويسعى الولد فى الجناية لان الولد كان مكاتبا وجناية المكاتب تلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ويتقرر ذلك عليه بالعتق لوقوع الناس عن الدفع به فان كان فى يد الولد مال حين عتق كان ذلك للام ان لم يكن قضى بالجناية على الولد لان جناية المكاتب قبل العتق لا تصير دينا الا بقضاء القاضى لتوهم الدفع بعد العجز وكسب الولد المولود فى الكتابة سالم لها بشرط الفراغ عن دينه لما قلنا ان فى حكم الكسب ولدها بمنزلة عبدها والجناية انما صارت دينا عليه بعد العتق فلا يكون ذلك مانعا من سلامة الكسب لها الا أن يكوان قضى عليه بها قبل العتق فحينئذ موجب الجناية من قيمة أو أرش بمنزلة دين آخر على الولد ودينه فى كسبه مقدم على حق أمه بمنزلة دين العبد فيؤخذ الدين أولا من ذلك المال فان فضل شئ فهو للام ولو كانت الاخرى جنت على الولد كان أرش ذلك عليها للام لان ارش الجناية عليها بمنزلة كسبه والمعنى فيهما أن الولد انما يجعل ملكا للمولى ضرورة التبعية في الكتابة كما يكون خارجا من حكم الكتابة لا تتحقق فيه هذه الضرورة فجعل ذلك لها وارش طرفه خارج من الكتابة وكذلك كسبه فيسلم ذلك كله للام بمنزلة كسبها وارش طرفها فان أدت فى الكتابة صار ماأدت عن صاحبتها قصاصا بالارش ويتراجعان بالفضل لانه استوجب الرجوع على صاحبتها بارش الجناية وصاحبتها استوجبت الرجوع عليها بما أدت عنها من بدل الكتابة فتقع المقاصة كذلك عبد بين رجلين جنى جناية فكاتبه أحدهما وهو لا يعلم والآخر يعلم فبلغ المولى الذى لم يكاتب كتابة صاحبه فاجازها لم يكن مختارا بالاجازة وهو لا يعلم بالجناية فلا يصير به مختارا وأما المجيز فقد كان الدفع متعذرا فى نصيبه قبل الاجازة لما بينا ان عقد الكتابة فى النصف كعقد الكتابة فى الكل فى المنع عن الدفع بالجناية فان قيل لا كذلك فالمجيز قبل الاجازة كان متمكنا من فسخ الكتابة ودفع نصيبه بالجناية وانما يتعذر ذلك باجازته الكتابة فينبغى أن يصير ذلك مختارا للارش *قلنا هو بالاجازة أسقط حقه فى الفسخ فلا يتصرف فى المحل المستحق بالجناية والاختيار انما يحصل بتصرفه فى المحل المستحق بالجناية على معنى انه مخير بين شيئين فاذا فوت أحدهما تعين الآخر وهذا غير موجود هنا فانه ماتصرف فى نصيب نفسه بشئ وانما أسقط حقه فى فسخ

كتابة صاحبه فى نصيبه وما كان دفع نصيب صاحبه مستحقا عليه فلهذا لايجعل بهذه الاجازة مختارا للفداء ولكن يكون عليهما الاقل من قيمته ومن ارش الجناية بمنزلة مالو كاتباه وهما لايعلمان بالجناية☆ عبد جنى على حر بقطع يده ثم قطع يد العبد رجل حر ولا يعلم أى الجنايتين قبل فقال الحر كانت جناية العبد على قبل الجناية عليه وقال المولى بل كان ذلك بعد الجناية عليه فالقول قول المولى فى ذلك لان سبب استحقاق المولي ارش يد العبد ظاهر وهو ملكه رقبته والمجنى عليه يدعى استحقاق ذلك عليه بدعواه سبق جناية العبد عليه فعليه اثبات ما يدعي بالبينة وان لم يكن له بينة فعلى المولي اليمين لان الحر يدعى تاريخا سابقا فى جناية العبد عليه وهذا التاريخ لايثبت الا ببينة فاذا لم يكن له بينة وحلف المولي خير فان شاء دفع العبد الي المجنى عليه وان شاء فداه بجميع الارش قال (ألا ترى) ان عبدا لو قطع يد حر وجرح المولي عبده فقال المولي فعلت ذلك قبل جناية عبدى عليه وقال المجنى عليه بل فعلته بعد ذلك كان القول قول المولي لان المجنى عليه يدعى اختيار الفداء والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فكذلك ماسبق وان التقى عبد وحر ومع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرئا جميعا ولا يدرى أيهما بدأ بالضربة فقال المولي للحر أنت بدأت بالضربة وقال الحر بل العبد بدأ بها فالقول قول المولي لما بينا من المعنيين ان الحر يدعى سبق تاريخ فى جناية العبد عليه ويدعي استحقاق ارش الجناية على العبد فاذا حلف المولى كان على الحر نصف عشر قيمة العبد للمولى أرش الموضحة ويدفع المولى عبده بجنايته أو يفديه وكذلك ان كان مع العبد سيف فمات العبد وبرأ الحر لانه لا قصاص على العبد ها هنا فانه لاقصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس والحر انما جنى على العبد بالقصاص فلا يجب عليه القصاص فان مات العبد من ذلك فكان الواجب الارش كما في المسئلة الاولى واذا ثبت أن القول قول المولى فى انكار التاريخ كان على عاقلة الحر جميع قيمة العبد لان نفس العبد تحمله العاقلة فيكون مقدار ما تقتضيه ضربة الحر فى قيمته الي الوقت الذى ضرب العبد الحر وهو الوقت الذى يفديه المولي ذلك يكون للمولى ويكون فى الباقى أرش جنايته على الحر لان الحر استحق نفسه بجنايته عليه وقد مات وأخلف بدلا فيقوم البدل مقامه ويؤمر المولي بدفع ذلك القدر الى الحر الا أن يكون أرش جنايته عليه أقل من ذلك فحينئذ يدفع اليه مقدار ارش جنايته والباقى للمولى وان كان السيف مع الحر والعصا مع العبد وقد مات العبد وأرش جراحة الحر

أكثر من قيمة العبد فقال المولى أنت بدات فضربت عبدى وقال الحر بل العبد بدأ فضربني فالقول قول المولى لانه منكر سبق التاريخ فى جناية عبده عن الحر يكون له أن يقتل الحر قصاصا لانه قتل عبده بالسيف وبطل حق الحر لان المستحق له بجناية العبد نفس العبد وقد مات ولم يخلف بدلا يمكن استيفاء حقه منه لانه اما أخلف القصاص وابقاء موجب جناية العبد على الحر فيما دون النفس من القصاص غير ممكن * فان قيل كان ينبغي أن لا يجب القصاص علي الحر لانه ان كان الحر جنى على العبد أولا فقد استحق نفسه بجنايته ثم أقدم علي قتل نفس هى مستحقة له بالجناية فصير ذلك شبهة فى اسقاط القود عنه فى الوجهين * قلنا لا كذلك فان عبد الو جنى على الحر ثم جنى الحر عليه وقتله يجب عليه القصاص لان موجب جناية العبد علي مولاه علي ما بينا أن جناية الخطأ تتباعد عن الجانى وتتعلق باقرب الناس اليه وأقرب الناس الي العبد مولاه ولهذا خير المولى بين الدفع وبين الفداء وحق المجنى عليه فى العبد حق ضعيف حتى لا يمنع بقود شيء من تصرفات المولى فيه ومثل هذا الحق الضعيف لا يعتبر شبهة فى اسقاط القود فان أقام الحر البينة علي العبد انه بدأ فضربه فهذا مثل الاول لما بينا أن حقه فى العبد بسبب جنايته حق ضعيف فلا يمنع ذلك وجوب القصاص عليه بقتله اياه وقد فات محل حق الحر فبطل حقه *ولو التقي عبد وحر ومع كل واحد منهما عصا فاضطر بافشج كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرآ منها واتفق المولي والحر انهما لا يدريان أيهما بدأ فان المولي يدفع المولى أو يفديه لان جناية العبد علي الحر معلومة وهى تثبت الخيار للمولى فان دفعه رجع على الحر بنصف أرش جناية الحر عليه لان جناية الحر عليه ان سبقت فللمولي الارش وان تأخرت فليس للمولى عليه شيء لان الارش مدفوع مع العبد بجنايته فلاعتبار الاحوال قلنا رجع على الحر بنصف أرش جنايته على العبد وان فداه رجع على الحر بجميع ارش جنايته على العبد لانه بالفداء طهره عن جنايته وارش جناية الحر عليه سالم له بعد الفداء وان تقدمت جناية العبد على الحر *ولو كانا عبدين فشج كل واحد منهما صاحبه معاوبرآ خير مولى كل واحد منهما فان شاء دفعه وان شاء فداه بجناية مملوكه على مملوك صاحبه فان اختار الدفع صار عبد كل واحد منهما للآخر فلا يتراجعان بشيء سوى ذلك لان كل واحد منهما وصل الى ما كان مستحقا له وان اختار الفداء أدى كل واحد منهما أرش جناية الآخر تاما وان سبق أحدهما بالضربة قيل لمولى البادى بالضربة ادفعه أو افده لان عبده سبق بالجناية فيخير هو أولا فان دفعه صار العبد

للمدفوع اليه ولا يرجع الدافع عليه بشئ لأنه لو رجع بشئ لزمه دفع ذلك اليه مع عبده عن الجناية فتبقى جناية عبد الآخر عليه معتبرة فان مات البادى من الضربة وبرىء الآخر وقيمة كل واحد منهما خمسة آلاف فان قيمة الميت فى عنق الحى يدفع بها أو يفدى فان فداه بقيمة الميت رجع فى تلك القيمة بارش جناية عبده لان حقه كان ثابتا فى رقبة الميت باعتبار جنايته على ملكه وقد مات وأخلف بدلا فيكون له أن يرجع فى ذلك البدل بارش جراحة عبده وان دفعه رجع بارش شجة عبده فى عنقه ويخير المدفوع اليه بين الدفع والفداء لان الجناية من عبده كانت بعد الشجة فلا يتعلق حق مولى المجنى عليه بارش تلك الشجة وقد كان قبل جنايته مولى المجنى عليه مخيرا بين الدفع والفداء فكذلك بعد جنايته (ألا ترى) أن عبدا لو شج عبدا موضحة ثم جاء عبد آخر فقتل الشاج خطأ خير مولاه بين الدفع والفداء فان فداه كان أرش جراحة المشجوج فى ذلك الفداء وان دفعه خير مولى العبد الميت فان شاء دفعه على ما سبق وقد أعاد جواب هذا السؤال بعد هذا باسطر وقال مولى الميت بالخيار ان شاء دفع ارش جناية الحى مكان قيمة عبده فى عنق الباقى ويخير مولاه فان شاء دفعه وان شاء فداه وان أبى أن يدفع المولى ارش جناية الحى فلا شئ له فى عنق الحى لان عبده هو البادى بالجناية فلا يكون له فى عنق الحى شىء حتى يؤدى ارش جنايته (ألا ترى) أن عبده لو كان حيا بدى به فقيل له ادفعه أو افده فكذلك اذا كان ميتا ولو برأ الاول ومات الاخر من الجناية خير مولى الاول بين الدفع والفداء لان عبده هو الذى بدأ بالجناية فان فدى عبده كان ارش جناية عبده فى الفداء بعد ما يدفع منه أرش موضحة العبد الآخر لان العبد الآخر جنى على عبده وهو مشجوح فلا يتعلق به حقه بارش الشجة وانما كان حقه فى العبد مشجوجا وقد مات وأخلف عوضا وان دفع عبده فلا شى له عليه لان حقه بالدفع يسقط عن ارش جناية العبد الآخر على عبده فاذا استوفى ذلك لزمه دفعه مع عبده فلا يكون استيفاؤه مفيدا شيأ ولو تضارب العبدان بالعصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرآ والبادىء معروف ثم ان عبد الرجل قتل البادىء منهما خطأ قيل لمولاه ادفعه أو افده فان فداه بقيمته أدى مولاه من تلك القيمة أرش جراحة العبد الباقى والفضل له من قبل أن مولى البادى هو المخاطب أولا وحكم جناية مملوكه انما يتبين باختيار مولى العبد الثالث الدفع أو الفداء فلهذا بدئ به ولما اختار الفداء فقد اختلف البادى قيمته فلمولى العبد الباقى فى تلك القيمة ارش الجناية على عبده والفضل لمولى

البادى ثم يرجع مولى البادى بارش جراحة عبده فى عتق العبد الباقى فيدفع بها أو يفدي لانه
قد وصل الي مولى العبد الباقى كمال حقه وان دفع مولى القاتل عبده قام المدفوع مقام المقتول
وقد بينا ان المقتول لو كان الباقى كان يخير مولاه أولا فان دفعه لم يكن له على المولي المدفوع
اليه من ارش جراحة عبده شيء وان فداه رجع فى عنق صاحبه بارش جراحة عبده فكذا
هنا ولو كان العبد الثالث قتل الآخر منهما فدفعه مولاه قام المدفوع مقام المقتول فان فداه بقيمته
خير مولى البادى بين الدفع والفداء فان دفعه اليه شيء له علي مولى المقتول ولا فى قيمته
لان عند اختياره الدفع يكون حق مولى المقتول ثابتا فى ارش الجناية على العبد البادى فلا
يفيد رجوع مولاه عليه شيأ لان ماقبضه منه يلزمه رده عليه وان فداه فقد طهر عبده من
الجناية وقد فات المقتول وأخلف قيمة فيرجع فى تلك القيمة بارش جراحة عبده وان مات
العبد القاتل خير مولي العبد البادئ فان شاء دفع ارش شجة المقتول وان شاء دفع نفسه
وأيهما فعل فقد بطل حقه لان حقه كان فى المقتول مشجوجا وقد فات ولم يخلف عوضا لان
عوضه كان العبد القاتل وقد فات وصار كان لم يكن ولو مات البادئ بالضربة من شيء آخر
وبقى الآخر فان مولى البادئ بالخيار ان شاء دفع الى مولى الثانى ارش جناية عبده ويتبع
عبده بارش جناية عبده لان بالفداء طهر عبده عن الجناية وقد جنى العبد الآخر على عبده
فيتبعه بارش ذلك ويخير مولى العبد بين أن يدفع عبده بذلك أو يفديه وان أبى أن يدفع
الارش فلا شيء له فى عنق العبد الحى لما بينا أنه كان هو المخاطب ابتداء لبداءة عبده بالجناية
وشرط وجوب الجناية بوجه الخطاب له على مولى الباقى أن يدفع ارش جناية عبده عليه فاذا
انعدم هذا الشرط باباءه لم يكن له أن يرجع عليه بشيء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فى مولي
المفقوءة عيناه اذا دفع الشجة لم يكن له أن يرجع علي الباقى بشيء ولو أن عبدين التقيا ومع كل
واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وأحدهما بدأ بالضربة وهو معلوم
فمات الضارب الاول منهما من ضربة صاحبه وبرأ الآخر فولي العبد الميت بالخيار ان شاء
دفع ارش جناية الحى فكانت قيمة عبده فى عنق الحى وخير مولاه بين أن يدفعه أو يفديه
لانه بالفداء طهر عبده وان شاء قتل العبد الباقى ويخير مولاه بين الدفع والفداء ولا يتعلق حقه بذلك
لان العبد الباقى انما قتل الضارب الاول وهو مشجوج وان أبى مولى الميت أن يدفع أرش
جناية الحى فلا شيء له فى عنق الحى لتفويته شرطه كما بينا ولو كانا برئا من الموضحتين ثم ان

البادى منهما قتـل الآخر خطأ خـير مولاه فان شاء دفعـه وان شاء فداه بارش الموضحة وبالقيمة لانه تخلل بين الجنايتين برء فتـكون جنايته الثانية على المجنى عليه الاول بمنزلة جنايته على غيره فاذا فداه فلا شئ له لان عند اختيار الدفع يلزمه أن يدفع ارش الجناية على عبده معه فلا يكون استيفاؤه مفيدا شيأ وان فداه كان أرش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون ارش شجة الحى فى هذه القيمة المقبوضة يأخذه مولاه منها لان حقه كان ثابتا في المقتول وقد فات وأخلف قيمة فيثبت حقه في تلك القيمة وذلك بقدر ارش شجة الحى وان كان الآخر هو الذى قتـل البادى خطأ فانه يخـير مولي المقتـول فان شاء أبطل جنايتـه ولا شئ لواحد منهما علي صاحبه وان شاء فداه بارش موضحة الحى ثم يخير مولي الحى بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول وهذا نظير ماسبق علي معنى أن مولي البادى هو المخاطب أولا وشرط ثبوت حق الرجوع له ان يفدى عبده بموضحة العبد الحى فان وجد منه هذا الشرط يكون له أن يطالب مولي الحى بموجب جناية عبده على عبده فان أبي ايجاد هـذا الشرط كان مبطلا حقه فلا شئ لواحد منهما على صاحبه وان اختار مولي العبد الآخر دفع عبده فدفعه فان ارش الشجة التى شجها الاول فى عنقه فان شاء المدفوع اليـه فداه وان شاء دفعه المولى الى المدفوع فهو قائم مقام المقتول وسواء دفعه أو فداه لم يكن للاول شئ لان الجناية من الآخر على الاول كانت وهو مشجوج فلا يتعلق حق مولى الاول ببدل تلك الشجة قال الحاكم رحمه الله أراد أن الآخر يسبق الى الدفع قبل أن يختار الاول شيأ فالحكم ما بينه أولا وان كان لا يعرف البادئ من العبدين بالضربة ثم قتل أحدهما صاحبه بعد مابرئا فانه يخير مولى القاتل فان شاء دفع عبده وان شاء فداه بقيمة المقتـول المشجوج صحيحا لانا تيقنا جناية القاتل على المقتول وكنا قد علمنا أن المقتول كان صحيحا واشتبه حاله وقت القتل فيجب التمسك بما كان معلوما فلهذا يفـديه بقيمة صحيحا ان اختار الفداء فان دفعه كان له نصف ارش شجته فى عنقه باعتبار الاحوال كما بينا فان شاء فداه المدفوع اليه بذلك وان شاء دفع منه حصة قيمة العبد مشجوجا من العبد الذى دفعه أو يفديه فان فداه بقيمته رجع عليـه بارش الشجة فى الفداء الذى دفعه بعد ما يدفع العبد المقتـول نصف ارش شجته لان ذلك القدر لا يتعلق به حق الذي فدى عبده بقيمته باعتبار الاحوال فيه فيسلم ذلك لمولى العبد المقتول من الفداء أو يرجع فيما بقي منه بارش شجة عبده * ولو التقى عبدان وتضاربا فقطع كل واحد منهما يد صاحبه معا

فبرئا فانه يخير مولي كل واحد منهما فان شاء دفع عبده وأخذ عبد صاحبه وان شاء أمسك عبده ولا شئ له فى قول أبى حنيفة وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى الحر اذا كان هو القاطع ليد العبد فكذلك فى العبدين ٭ ولو أن أمة قطعت يد رجل ثم ولدت ولدا فقتلها ولدها خطأ فان المولى بالخيار ان شاء دفع الولد الى المقطوعة يده وان شاء فداه وأيهما فعل خير مولي المقطوعة يده بين دفع الاقل من دية العبد ومن قيمة الام لان حق المقطوعة يده كان ثابتا فى الام والولد ما انفصل عنها بمنزلة عبد آخر جنى عليها فتعتبر جنايته لحق صاحب اليد ويخير كما بينا ولو أن عبدا قتل رجلا خطأ ثم ان عبد الرجل قطع يد هذا العبد خطأ فبرآ فمولي القاطع بالخيار ان شاء دفع عبده وان شاء فداه وأيهما فعل خير مولي المقطوعة يده فان شاء دفع عبده وما أخذ بجنايته معه وان شاء فداه لان عبده كان صحيحا حين قتل الرجل فحق وليه كان ثابتا فى الجزء الفائت منه بقطع العبد يده الى بدل فيثبت حقه في بدله أيضا فاذا اختار دفعه فعليه دفع بدل ذلك ولم يكن هذا اختيارا للآخر لان نفس كل واحد منهما انما استحقت بجنايته وأحدهما منفصل عن الآخر فكان هذا وما لو كانت جنايتهما على شخصين سواء فلا يكون اعتاقه أحدهما اختيارا فى حق الآخر لانه لا يتعذر دفع الآخر بجنايته بسبب هذا الاعتاق وهذا بخلاف ما سبق فان المولى لو أعتق العبد المدفوع باليد المقطوعة كان ذلك منه اختيارا للفداء لان دفعهما كان باعتبار جناية واحدة وفى الجناية الواحدة اختياره فى البعض يكون اختيارا فى الكل ٭ ولو أن رجلا قطع يد رجل فأعتقه مولاه قبل أن يبرأ وهو يعلم بذلك أولا يعلم فلا شئ له فى قول أبى حنيفة وله أن يرجع بنقصان قيمة عبده فى قولهما وهذا بناء على ما سبق فانه بالاعتاق فوت تسليم الجثة ولو منع ذلك عند أبى حنيفة لم يرجع بشئ فكذلك اذا فوته وعندهما له أن يمتنع عن تسليم الجثة ويرجع بنقصان القيمة فكذلك اذا فوت ذلك بالعتق ٭ أم ولد بين رجلين كاتباها فقتلت أحد المولبين خطأ فعليها الاقل من القيمة ومن الدية لان جناية المكاتبة على مولاها كجنايتها على أجنبى آخر وقد جنت وهى مكاتبة فعليها الاقل من قيمتها ومن أرش الجناية فان قتلت الآخر بعده فعلى عاقلتها الدية لانها عتقت حين قتلت الاول منهما على اختلاف الاصلين لان عندهما وان لزمها السعاية فى نصيب الآخر فالمستسعى حر وعند أبى حنيفة لا سعاية على أم الولد لمولاها فعرفنا أنها قتلت الآخر منهما وهى حرة فعليها الدية وعليها كفارتان لان الكفارة بالقتل تجب على المملوكة كما

تجب على الحر وان قتلتهما معا فعليها قيمتهما لانها جنت على كل واحد وهى مكاتبة وانما اعتقت بعد ذلك ولو جنت على أجنبيين ثم عتقت كان عليها قيمتها لهما فكذلك ان جنت على موليبها واذا قطع الرجل يد عبد قيمته ألف درهم فلم يبرأ حتى زادت قيمته فصارت ألفى درهم ثم قطع آخر رجله من خلاف ثم مات منهما جميعا قال على الاول ستمائة وخمسة وعشرون درهما وعلى الآخر سبعمائة وخمسون درهما قال الحاكم رحمه الله وفى جواب هذه المسئلة نظر وانما قال ذلك لانه أجاب فى نظير هذه المسئلة فى كتاب الديات بخلاف هذا وقد بينا تمامه *قال الشيخ الامام الاجل الزاهدى رحمه الله وعندى ماذكر هاهنا صحيح وتأويله أن قيمته صارت ألفى درهم صحيحا لا مقطوع اليد فعلى هذا التأويل الجواب ماذكره فى الكتاب من قبل أن الاول حين قطع يده وقيمته ألف لزمه بالقطع خمسمائة ثم الثانى بقطع الرجل أتلف نصف مابقى فيلزمه أيضا خمسمائة لانه اذا كان قيمته صحيحا ألفى درهم فقيمته مقطوع اليد ألف درهم وقد أتلف نصفه بقطع الرجل وهو مقطوع اليد فيلزمه خمسمائة فحين مات منهما فقد صار كل واحد منهما متلفا نصف ما بقى منه بسراية جنايته الا أن فى حق الاول لا معتبر بزيادة القيمة فيكون عليه نصف هذا من القيمة الاولى والقيمة الاولى كانت ألف درهم وربع تلك القيمة مائتان وخمسون فعليه بالسراية نصف ذلك الربع وهو مائة وخمسة وعشرون فاذا ضممت ذلك الى خمسمائة يكون ستمائة وخمسة وعشرين وقد أوجب على الاول هذا المقدار والآخر منهما لزمه بالسراية قيمة ماتلف بسراية فعله وذلك معتبر من قيمته وقت جنايته ألفى درهم وربع تلك القيمة خمسمائة فنصف الربع مائتان وخمسون وقد وجب عليه باصل الجناية خمسمائة وبالسراية مائتان وخمسون فذلك سبعمائة وخمسون درهما والله أعلم بالصواب

كتاب المعاقل

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن سهل السرخسى رحمه الله املاء يوم الاربعاء الرابع عشر من شهر ربيع الآخر سنة ست وستين واربعمائة الاصل فى ايجاب الدية على العاقلة فى الخطأ وشبه العمد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى فى حديث حمل بن مالك أن النبي عليه السلام قال لاولياء الضاربة قوموا فدوه قال أخوها

عمرن بن عويمر الاسلمى أندى من لا عقل ولا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان أو قال دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه فقال ان لها بيتا هم سراة الحى وهم أحق بها منى فقال بل أنت أحق بها قم فده وشئ من المعقول يدل عليه وهو أن الخاطئ معذور وعذره لا يهدم حرمة نفس المقتول ولكن يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول عن الهدر وفى ايجاب الكل على القاتل اجحاف به واستئصال فيكون بمنزلة العقوبة وقد سقطت العقوبة عنه للعذر فضم الشرع اليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه وكذلك فى شبه العمد باعتبار أن الآلة آلة التأديب ولم يكن فعله محظورا محضا ولهذا لا يجب عليه القصاص فلا يكون جميع الدية عليه فى ماله لدفع معنى العقوبة عنه ولكن الشرع أوجب الدية هاهنا مغلظة ليظهر تأثير معنى العمد وأوجبها على العاقلة لدفع منع العقوبة عن القاتل ثم هذا الفصل لا يحصل الا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير فى التحرز وانما يكون ذلك بقوة يجدها المرء فى نفسه وذلك بكثرة أعوانه وأنصاره وانما ينصره عاقلته فضموا اليه فى إيجاب الدية عليهم وان لم يجب لهذا المعنى وكل أحد لا يأمن على نفسه أن يبتلى بمثله وعند ذلك يحتاج الى اعانة غيره فينبغى أن يعين من ابتلى ليعينه غيره اذا ابتلى بمثله كما هو العادة بين الناس فى التعاون والتوادد فهذا هو صورة أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط شهداء لله متعاونين على البر والتقوى وبه أمر الله تعالى الامة هذه ثم كانت للعرب فى الجاهلية أسباب للتناصر منها القرابة ومنها الولاء ومنها الحلف ومنها ممالحة العدو وقد بقى ذلك الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونوا حلفاء له كما كانوا حلفاء لجده عبد المطلب ودخل بنو بكر فى عهد قريش ليكونوا حلفاء لهم الحديث فكانوا يعقلون عن حليفهم وعديدهم ويعقل عنهم حليفهم وعديدهم ومولاهم باعتبار التناصر كما يعقلون عن أنفسهم باعتبار التناصر فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه ودون الدواوين صار التناصر بينهم بالديوان فكان أهل ديوان واحد ينصر بعضهم بعضا وان كانوا من قبائل شتى فجعل عمر العاقلة أهل الديوان بيانه فى الحديث الذى بدأ به الكتاب فقال بلغنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض العقل على أهل الديوان لانه أول من وضع الديوان فجعل العقل فيه وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل فى أموالهم وبهذا أخذ علماؤنا رحمهم الله فقالوا العقل على أهل الديوان من العاقلة وأبى الشافعى ذلك فقال هو على العشيرة فقد كان عليهم فى عهد رسول الله صلى الله عليه

وسلم ولا نسخ بعد رسول الله ولكنا نقول قد قضى به عمر رضي الله عنه على أهل الديوان بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم * فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم * قلنا هذا اجماع علي وفاق ماقضى به رسول الله صلي الله عليه وسلم فانهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصرة وكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضى الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فقد كان المرء يقاتل قبيلته عن ديوانه على ماروى عن على رضى الله عنه أن يوم الجمل وصفين جعل بازاء كل قبيلة من كان من أهل تلك القبيلة ليكونوا هم الذين يقاتلون قومهم فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان ثم الشافعي يقول الزام الدية العاقلة بطريق الصلة والصلة المالية مستحقة بوصلة القرابة دون الديوان كالنفقة والميراث ونحن نقول الوجوب عليهم بطريق الصلة كما قال وايجابه فيما هو صلة أولي وأهل ديوان واحد فيما يخرج من الصلة لهم بمعين العطاء كنفس واحدة وايجاب هذه الصلة فيما يصل اليهم بطريق الصلة أولي فى ايجابه من أصول أموالهم ثم لا شك ان المعتبر النصرة ففي حق كل قاتل يعتبر ما به تتحقق النصرة وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان فان كان القاتل من قوم يتناصرون بالحلف فذاك هو المعتبر لان المعنى متى عقل فى الحكم الشرعى تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفروع ثم القاتل أحد العواقل يلزمه من الدية مثل ما يلزم أحد العاقلة عندنا وعند الشافعي ليس على القاتل شئ من الدية لان الخطأ مرفوع قال الله تعالي وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقال عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وانما يتحقق ذلك اذا لم يكن عليه شئ من الدية ثم هذا الجزء كسائر الاجزاء فبالمعنى الذى نوجب سائر الاجزاء على العاقلة من نصرة أو صلة نوجب هذا الجزء عليهم أيضا ولكنا نقول الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف والاستئصال عن القاتل والتخفيف عليه وذلك فى الكل لا فى الجزء ثم الوجوب عليهم باعتبار النصرة ولا شك انه ينصر نفسه كما ينصر غيره وكما انه معذور غير مؤاخذ شرعا فالعاقلة لا يؤاخذون بفعله أيضا قال الله تعالى ولا تزروا زرة وزر أخرى ومن لم يجن فهو أبعد من المؤاخذة من الجانى المعذور فاذا أوجبنا علي كل واحد من العاقلة جزأ من الدية فلأن نوجب عليه مثل ذلك أولى وهذا لان محل أداء الواجب العطاء الذى يخرج لهم بطريق الصلة وهم فى ذلك كنفس واحدة فكما يخرج العطاء لغير القاتل يخرج للقاتل وذكر عن المرور بن سويد قال

فرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه الدية تؤخذ فى ثلاث سنين فالنصف فى سنتين ومادون الثلث فى سنة وبه نأخذ فنقول جميع الدية متى وجبت بنفس القتل كانت مؤجلة فى ثلاث سنين سواء كانت على العاقلة أو فى مال القاتل كالاب يقتل ابنه عمدا وقد بيناهذا فى الديات واذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منه فى سنة ومتى كان الواجب بالقتل ثلث بدل النفس أو أقل من ذلك كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وهذا لان تقوم النفس بالمال غير معقول وانما عرف ذلك شرعا والشرع انما ورد بايجاب الدية مؤجلة فى ثلاث سنين فعلينا اتباع ذلك واتباع الاجزاء بالجملة فى مقدار ما يثبت فيها من الاجل والشافعى يجعل التأجيل لمعنى التخفيف كالايجاب على العاقلة معنى التخفيف معقول فأما فى التأجيل فمعنى نقصان المالية لان المؤجل فى المالية أنقص من الحال وبسبب صفة العمدية يخرج من أن يكون مستحقا للتخفيف ولكن ليس لهذه الصفة تأثير فى ايجاب زيادة على قيمة المتلف ولو أوجبنا الدية عليه حالا كان ذلك زيادة * فان قيل أليس فى شبه العمد أن الدية تجب مغلظة وفيه ايجاب زيادة المالية باعتبار صفة العمد * قلنا نعم ولكنا انما ننكر ايجاب الزيادة بالرأى فيما لا مدخل للرأى فيه وتلك الزيادة انما أوجبناها بالنص كاصل المال بمقابلة النفس أوجبناه بالنص بخلاف القياس وعن ابراهيم قال فى دية الخطأ وشبه العمد فى النفس على العاقلة على أهل الديوان فى ثلاثة أعوام فى كل عام الثلث وما كان من جراحات الخطأ فعلى العاقلة على أهل الديوان اذا بلغت الجراحة ثلثى الدية ففى عامين وان كان النصف فكذلك وان كان الثلث ففى سنة واحدة وذلك كله على أهل الديوان وبه نقول فان الواجب من الارش متى بلغ نصف عشر بدل النفس فى حق الرجل أو فى حق المرأة يكون ذلك على العاقلة وما دون ذلك بمنزلة ضمان المال يكون على الجانى والشافعى يسوى بين القليل والكثير والقياس فيه أحد السببين أما التسوية فكما ذهب اليه الشافعى فى ايجاب الكل على العاقلة والتسوية فى أن لا يوجب شئ على العاقلة كما فى ضمان المال ولكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة فى أرش الجنين بالايجاب على عاقلته وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس وفى حديث ابن عباس رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة

وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ففيما دونه يؤخذ بالقياس وهذا لان الايجاب على العاقلة كان لمعنى دفع الاجحاف عن الجانى وذلك فى الكثير دون القليل فلهذا أوجبنا الكثير على العاقلة دون القليل والفاصل بينهما يكون مقدرا وأدنى ذلك ارش الموضحة قال وليس على النساء والذرية ممن كان له عطاء فى الديوان عقل لانه بلغنا عن عمر رضى الله عنه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة وانما جعل العقل فيما يؤدى والله أعلم على عشيرة الرجل ولم يجيؤا على وجه العون لصاحبهم لانهم أهل يد واحدة ونصرة واحدة على غيرهم وهذه النصرة انما تقوم بالرجال دون النساء فبنية المرأة لا تصلح لهذه النصرة وكذلك النصرة لا تقوم بالصبيان (ألا ترى) ان الشرع نهى عن قتل النساء والصبيان من أهل الحرب لانهم يقاتلون لدفع من يقاتلهم وتناصرهم فيما بينهم وذلك لا يحصل بالنساء والصبيان وكذلك الجزية التى خلت عن النصرة لم توجب على النساء والصبيان فكذلك تحمل العقل وعلى هذا لو كانت المرأة هى القاتلة أو الصبي لم يكن عليهما شيء من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء على القاتل باعتبار انه أحد العواقل وهو لا يوجد فى النساء والصبيان ولا ينظر الى مالهم من فرض العطاء فى الديوان لان ذلك ليس باعتبار النصرة بل باعتبار المؤنة كما فرض عمر رضى الله عنه لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم العطاء فى الديوان فكان يوصله لهن فى كل سنة *واذا قتل الرجل خطأ فلم يرفع الى القاضى حتى مضت سنون ثم رفع اليه فانه يقضى بالدية على عاقلته فى ثلاث سنين من يوم يقضى لان ثبوت الاجل يبنى على وجوب المال والمال انما يجب بقضاء القاضى فاما قبل القضاء فالمال ليس بواجب لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس نفس الا انه اذا رفع الى القاضي فيتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وتحول الحق بقضائه الى المال كما فى ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بقضاء القاضى وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن فى الحكم جعل الواجب رد العين الى أن يحوله القاضى الى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيأ واعتبر قيمة الولد يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل فى حق العين فانه لا يعتبر ما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي فكذلك ههنا ابتداء التأجيل يكون من وقت قضاء القاضى فان كانوا أهل ديوان قضى بذلك فى اعطياتهم فيجعل الثلث فى أول عطاء يخرج لهم بعد قضائه وان لم يكن بين القتل وقضائه وبين خروج

أعطياتهم الاشهر أو أقل من ذلك لان التأجيل فى حق العاقلة كان لمعنى تأخر خروج العطاء ومحل قضاء الدية منه العطاء فانما يعتبر خروج العطاء بعد القضاء (ألا ترى) انه لو لم يخرج سنين لم يطالبوا بشئ فكذلك اذا خرج بعد قضاء القاضى بشهر أو أقل يؤخذ منه ثلث الدية والثلث الثانى فى العطاء الآخر اذا خرج ان أبطأ بعد الحول أو عجل قبل السنة وكذلك الثلث الثالث فان عجل للقوم العطاء فخرجت لهم ثلاثة أعطية مرة وهى أعطية استحقوها بعد قضاء القاضي بالدية فان الدية كلها تؤخذ من تلك الاعطية الثلاثة لوصول محل اداء الدية منه الى يد العاقلة قال ولا يقضى بالدية على القوم حتى يصيب الرجل فى عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة أو أقل من ذلك عندنا وقال الشافعى مايقضي به علي كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكاة وأدنى مايجب فى الزكاة نصف دينار أو خمسة دراهم فقد كان ذلك بمعنى نصف دينار فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنا نقول الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وانما يجب على وجه لا يتعسر ذلك عليهم وذلك فى ايجاب القليل دون الكثير ثم هذه صلة يؤمرون بادائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص من ذلك (ألا ترى) انه لا تجب هذه الصلة فى أصول أموالهم وانما تجب فيما هو صلة لهم وهو العطاء فعرفنا أنه مبنى علي التخفيف من كل وجه وقد ظن بعض أصحابنا رحمهم الله ان التقدير بثلاثة دراهم فيما يؤخذ منهم فى كل سنة وذلك غلط فقد فسرها هنا فقال حتى يصيب الرجل فى عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة دراهم فعرفنا انه لا يؤخذ فى كل سنة من كل واحد منهم الا درهم أو درهم وثلث فان قلت العاقلة فكان يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة ضم اليهم أقرب القبائل فى النسب من أهل الديوان حتى يصيب الرجل فى عطائه ما وصفنا وهذا لان ايجاب الزيادة عليهم اجحاف بهم فلا يجوز فلذلك ضم اليهم أقرب القبائل كما ضممنا العاقلة الى القبائل للتحرز عن الاجحاف بهم ولانه متى حزبهم أمر ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون باقرب القبائل اليهم فاذا كانوا فى بعض الاحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فكذلك يضمون اليهم فى تحمل العقل عند الحاجة قال ولا يستحقون العطاء عندنا الا بآخر السنة فلذلك قلنا اذا خرج العطاء بعد القضاء بشهر أو أقل أخذ منه ثلث الدية ومعنى هذا أن العطاء انما يخرج لهم فى العادة فى كل سنة واستحقاق ذلك عند تمام السنة لانهم يستحقون

ذلك بطريق الصلة والتبرع الى آخر المدة فى حكم المعاوضات دون الصلات وانما يكون استحقاق الصلة عند تمام المدة ولا يثبت الملك فيها الا بالقبض بمنزلة الجزية ولهذا قلنا ان من مات من أهل الذمة أو أسلم لم يكن عليه شئ من الجزية وفى حق أهل الديوان ان من مات منهم قبل خروج العطاء وقبل تمام السنة لم يصر عطاؤه ميراثا لورثته فعرفنا ان وجوبه باعتبار آخر السنة فمتى كان يجئ ذلك الوقت بعد القضاء كان العطاء الواجب باعتبار ذلك الوقت محلا لاخذ الدية منه واذا لم يقض عليهم بالدية حتى مضت سنون ثم قضى بها ولم يخرج للناس أعطياتهم الماضية لم يكن فيها من الدية شئ لان وجوب هذه الاعطية باعتبار مدة مضت قبل قضاء القاضي وقد بينا أن وجوب الدية بقضاء القاضى فمحل الاداء الاعطيات التى تجب بعد القضاء فلهذا لا يستوفى من الاعطيات الماضية شيء من الدية ويستقبل بصاحب الدية الاعطية المستقبلة بعد القضاء ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب رزق يأخذونه فى كل شهر قضى عليهم بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم قائم مقام العطاء فان العطاء انما كان محلا لقضاء الدية منه لانه صلة يخرج لهم من بيت المال ولاجله اجتمعوا واثبتوا أسماءهم فى الديوان وهذا موجود فى الرزق اذا كانوا أصحاب رزق ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث وان كان يخرج فى كل شهر فمقدار نصف سدس الثلث يؤخذ من كل رزق حتى يكون المستوفي فى كل سنة مقدار الثلث يؤخذ من كل رزق وان خرج الرزق بعد قضاء القاضى بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر كما بينا فان كانوا يأخذون الارزاق فى كل ستة أشهر تخرج لهم رزق ستة أشهر بعد القضاء أخذ منهم سدس الدية وان كانت لهم أرزاق فى كل شهر ولهم أعطية فى كل سنة فرضت عليهم الدية فى أعطياتهم دون أرزاقهم لان الارزاق انما كانت خلفا عن الاعطيات ولا يعتبر الخلف مع وجود الاصل وهذا لان الارزاق لهم لكفاية الوقت فاخذ شئ من ذلك منهم يؤدى الى اضرار بهم وبعيالاتهم فيشق ذلك عليهم عادة فأما الاعطيات فليست لكفاية الوقت ولكن لتألفهم حتى يكونوا مجتمعين فى الديوان يقومون بالنصرة فلا يشق عليهم الاداء من الاعطيات فلهذا قلنا عند الاجتماع بفرض الدية من الاعطيات دون الارزاق ومن جنى عليهم من أهل البادية وأهل اليمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم فى أموالهم فى ثلاث سنين على الاقرب فالاقرب منهم يوم يقضي القاضى بالدية لان تناصرهم

بالقرب وانما يعتبر ذلك عند القضاء بالدية كما فى حق أهل الديوان ويضم اليه أقرب القبائل فى النسب حتى يصيب الرجل من الدية فى السنين الثلاثة ثلاثة دراهم أوأربعة دراهم لتحقق معنى التخفيف عليهم وهذا المعنى هنا أولي بالاعتبار منه فى حق أهل الديوان لان المأخوذ من أموالهم هاهنا والاداء من الاعطيات يكون أيسر من الاداء من أصول الاموال ومن أقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضى سنين ثم ارتفعوا قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى لان ماثبت بالاعتراف لاتتحمله العاقلة لقوله عليه السلام ولا صلحاولا اعترافا وهذا لان اقراره فى حقه محمول علي الصدق وفى حق عاقلته محمول على الكذب لكونه متهما فى حقهم ثم موجب الجناية فى الاصل على الجانى ثم تحمل العاقلة للتخفيف عليه فاذا لم يثبت التسبب فى حق العاقلة ففى الواجب عليه باعتبار الاصل والتأجيل فيه من وقت القضاء لامن وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار من القتل لايكون أقوى من الثابت بالمعاينة وفى القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضى فيها أولا ولو أقر انه قتل ولى هذا الرجل وأقر أنه خاصمه الى قاضي بلد كذا فقامت بذلك البينة فقضى به القاضى على عاقلته من أهل ديوان الكوفة وصدقه ولى الجناية فى ذلك وكذبه العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة علي العاقلة ولم يكن عليه شئ فى ماله لانهما تصادقا على أن الواجب بقضاء القاضى تقرر على العاقلة وبعد تقرره علي العاقلة لايبقي عليه وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية علي العاقلة هو قضاء القاضى ولم يوجد أصلا فيقضى بها فى مال المقر قال الا أن يكون له عطاء معهم فتكون عليه حصته من ذلك لانه فى مقدار حصته يقر على نفسه وفى حصة عواقلهم يقر عليهم فيؤخذ بما أقر به على نفسه وهذا يبين أن القاتل انما يكون أحد العواقل عندنا اذا كان له عطاء فى الديوان فأما اذا لم يكن فليس عليه من الدية شئ لان الدية تؤخذ من الاعطيات ❊ فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضى فاذا توى ذلك على العاقلة بجحودهم ينبغى أن يقضي بالكل عليهم كما اذا توى الدين على المحال عليه بجحوده عاد الدين الى ذمة المحيل ❊ قلنا هذا مستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا أيضا لم يكن دينا عليه وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر وبعد ماتقرر علي العاقلة بقضاء القاضى لايتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف والعمد الذى لاقود فيه يقضي بالدية من مال القاتل فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي لقوله

عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولان ذلك للتخفيف ودفع الاجحاف عن القاتل والعامد لا يستحق ذلك ولو قتل عشرة رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية فى ثلاث سنين لان ما يجب على كل واحد منهم بدل النفس وبدل النفس يكون مؤجلا فى ثلاث سنين فيعتبر الجزء منه بالكل ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر وانما يريد به اذا كان لاهل مصر ديوان على حدة أو كان تناصرهم باعتبار القرب فى السكنى وأهل مصر أقرب اليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوقهم وقراهم لانهم اتباع لاهل المصر فاذا حزبهم أمر استنصروا بهم فأهل مصر يعقلون عنهم باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانها بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لانه انما استنصر باهل ديوانه لا بجيرانه (ألا ترى) أن القرب فى السكنى لا يكون أقوى من قرب القرابة * ولو أن اخوين لاب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه فكذلك ما سبق ولو أن قوما من أهل خراسان أهل ديوان واحد مختلفين فى انسابهم منهم من له ولاء ومنهم القربى ومنهم من لا ولاء له جنى بعضهم جناية عقل عنه أهل رايته وأهل فنائه وان كان غيره أقرب اليه فى النسب لان استنصاره باهل رايته أظهر ومن كان من أهل الديوان لا يرجع فى استنصاره الى عشيرته عادة ولان عطاء أهل راية واحدة انما يخرج من بيت المال جملة واحدة فهم فى ذلك كنفس واحدة وان كان عدد أهل رايته قليلا ضم اليهم الامام من رأى من أهل الديوان حتى يجعلهم عاقلة واحدة لدفع الاجحاف عن أهل رايته وانما يضم اليهم الامام من يكون أقرب اليهم فى معنى النصرة اذا حزبهم أمر فى ذلك وانما يعرف ذلك الامام فجعل مفوضا الى رأيه لهذا ومن لا ديوان له من أهل البادية ونحوهم تعاقلوا على الانساب وان تباعدت منازلهم واختلفت الباديتان لان تناصرهم بالانساب ولان حالهم فى معنى الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا أنه قضى بالعقل على الاقارب ولا يعقل أهل البادية عن أهل الامصار الذين عواقلهم فى العطاء لان أهل الامصار انما يقوم بنصرتهم والذب عنهم أهل العطاء من أهل ديوانهم لا أهل اخوة البادية وهم انما يتقوون بأهل العطاء وكذلك لا يعقل أهل العطاء عن أهل البادية لانهم يتقوون بهم ولا ينصر بعضهم بعضا وان كانوا اخوة لاب وأم وانما ينصر كل واحد منهم أهل العطاء ومن جنى جناية على أهل المصر وليس فى عطاء وأهل البادية

أقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر لانهم من الذين يقومون بنصرة أهل المصر والدفع عنهم ولا يخصون بذلك من كان له في المصر عطاء دون من لا عطاء له فلهذا كانوا عاقلة لجميع أهل المصر وكذلك لا يعقل عن صاحب العطاء أهل البادية وان كان فيهم نازلا وأصحاب الارزاق الذين لا اعطيات لهم بمنزلة أهل العطاء في جميع ذلك لكون الارزاق خلفا عن الاعطيات في حقهم * وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا خطأ فديته على عواقلهم بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات ومعنى التناصر الذى يبنى عليه العقل يوجد في حقهم كما يوجد في حق المسلمين وان لم يكن لهم عاقلة معروفة يتعاقلون بها فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه لما بينا أن أصل الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة اذا وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة مسلم في دار الحرب قتل مسلما خطأ وهما أجنبيان منها فانه يقضى بالدية عليه في ماله لان من يكون في دار الحرب فأهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا الفعل لم يكن بنصرتهم ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان التعاقل ينبنى على الموالاة والتناصر وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وقال والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا فلما انقطعت الموالاة بين من هاجر ومن لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة كان ذلك قطعا للموالاة بين الكفار والمسلمين وحكم الميراث والنفقة يؤيد ما ذكرنا * ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فلم يقض بالدية على عاقلته حتى جعل ديوانه الى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبى يوسف أيضا لان الموجب للمال الجناية عند قضاء القاضى وقد تحققت منه وعاقلته أهل ديوان الكوفة وبعد ما تحول الى ديوان البصرة لم يوجد منه جناية وانما تعقل العاقلة عند جنايته (ألا ترى) ان القاضى لو قضى بالبينة على عاقلته بالكوفة ثم تحول الى ديوان البصرة قبل استيفاء شيء كانت الدية على عاقلته من أهل الكوفة فكذلك قبل قضاء القاضي لوجهين . أحدهما ان وجوب الدية في القتل الخطأ ثابت بالنص فيستوى فيه القضاء وغير القضاء . والثانى على أن الدية * العاقلة بطريق الصلة والصلات لا تصير دينا بقضاء القاضي قبل الاستيفاء كنفقة الاقارب . وجه قولنا ان المال لا يجب بنفس القتل وانما يجب بقضاء

القاضي على ماقررنا ان العجز عن استيفاء المثل انما يتقرر بقضاء القاضى ثم أصل الوجوب على القاتل وبعد ماوجب عليه تتحمل عنه عاقلته (ألا ترى) انه لو أقر بقتل خطأ كانت الدية عليه خاصة ولو كان الوجوب على العاقلة ابتداء وجبت عليه بذلك عند الاقرار فاذا ثبت ان الوجوب عليه عند قضاء القاضى فانما تتحمل عنه من يكون عاقلة له عند القضاء وهم أهل ديوان البصرة بخلاف ما اذا قضى بها على عاقلته بالكوفة لان هناك قد تقرر الوجوب عليهم فلا يتحول الي غيرهم بعد ذلك ثم اذا تحول بعد قضاء القاضى تؤخذ منه فى عطائه بالبصرة حصته لان فى مقدار حصته محل الاداء وعطاؤه من ديوان البصرة عند الاداء فيؤخذ ذلك القدر منه وفيما زاد على ذلك محل الاداء عطاء أهل الكوفة لان ذلك التقدير عليهم بقضاء القاضي ولو قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وتعذر الاخذ منهم ضم اليهم أقرب القبائل في النسب حتى يعقلوا معهم لدفع الاجحاف عنهم ولا يشبه قلة العاقلة بعد القضاء تحول الرجل بعطائه من بلد الى بلد لان الذين يضافون اليهم عاقلة واحدة وهذه عاقلة مستقلة يعنى ان الذين يضمون اليهم يكونون بمنزلة الاتباع لهم فلا تتبدل العاقلة باعتبارهم * يوضحه ان الضم لدفع الاجحاف عنهم وذلك عند الاداء فيصار فيه الى وقت الاداء وأما القضاء على العاقلة فى حكم وجوب الدية وذلك يثبت بقضاء القاضى فيعتبر فيه وقت القضاء ولو كان رجل مسكنه بالكوفة فقتل رجلا خطأ فلم يقض عليه حتى تحول عن الكوفة واستوطن البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها بالبصرة على عاقلته بالكوفة ولم ينتقل عنهم لان من لا عطاء له اذا كان يسكن مصرا فعاقلته أهل ديوان ذلك المصر بمنزلة من له عطاء وكذلك البدوى اذا التحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضى فانه يقضي بالدية على أهل الديوان وان كان ذلك بعد القضاء على عاقلته بالبادية لم يتحول عنهم لان الجناية لم تجنها العاقلة وانما جناها الرجل فانما يكون على عاقلته اذا قضى بها عليهم (ألا ترى) ان التأجيل فى الدية يعتبر من وقت قضاء القاضى ولو قلنا تتحول بتحويله الى ديوان آخر بعد القضاء لكان اذا تحول بعد مضى سنة يؤخذ الثلث من الديوان الذى انتقل اليهم حالا وذلك ممتنع وفي اعتبار الاجل من وقت قضاء القاضى دليل ظاهر على أن الجناية انما توجب المال بقضاء القاضي ولو أن قوما من أهل البادية قضى عليهم بالدية فى أموالهم فى ثلاث سنين فأدوا الثلث أو الثلثين أو لم يؤد وأشياء حتى جعلهم الامام فى العطاء صارت الدية عليهم فى أعطياتهم وان كان قد قضى بها أول مرة

فى أموالهم لان العطاء من أموالهم فليس فى أخذ ذلك من العطاء يعتبر القضاء الاول لان العطاء محل الاداء فيكون المعتبر فيه وقت الاداء لا وقت القضاء والاخذمن العطاء بمعنى التيسير عليهم فهو بمنزلة أقرب من القبائل اليهم عندقلتهم فانه يعتبر فيه وقت الاداء لا وقت قضاء القاضي ولكنه يقضى عليهم فى اعطياتهم بما كان قضى عليهم بالبادية حتى ان كان قضى بالابل لم يتحول عن ذلك لان فى القضاء بشيء آخر ابطال القضاء الاول وذلك لا يجوز وليس فى القضاء به فى اعطياتهم ابطال القضاء الاول * واذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب وثبت نسبه منه فرجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم قضى القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب بها لان النسب كان ثابتا منه بالفراش وقد انقطعت النسبة عنه بقضاء القاضى ولكن بقى أصل النسب موقوفا على حقه حتى اذا ادعاه غيره لم يثبت منه واذا ادعاه هو ثبت النسب منه مع كونه مناقضا وان كذبته الام فى ذلك وانما يثبت النسب من وقت العلوق لا من وقت الدعوى فتبين انه عقل جناية كانت على عاقلة أبيه وعاقلة الام ما كانوا متبرعين فيما أدوا بل أجبروا عليه بقضاء القاضى فيثبت لهم حق الرجوع على عاقلة الاب ويصير حالهم مع عاقلة الام كحال ولى الجناية وقد بينا ان ولي الجناية لو كان هو المقضى له بالدية عليهم كان التأجيل فيه معتبرا من وقت قضاء القاضي لا من وقت الجناية فكذلك اذا قضى به لعاقلة الام عليهم يعتبر التأجيل فيه من وقت قضاء القاضى لا من وقت دعوى الاب وهذا لان التأجيل لتأخر المطالبة وذلك بعد تقرر الوجوب عليهم وانما يتقرر بقضاء القاضى وكذلك اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد الكتابة حتى جنى ابنه وابنه من امرأة حرة مولاه لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أدى الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالي أبيه وموالي أمه ما كانوا متبرعين عنه فى الاداء فيرجعون بالمؤدى على موالي الاب * وكذلك رجل أمر صبيا أن يقتل رجلا فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر لان الآمر متسبب متعمد فانه استعمل الصبي فى أمر لحقه فيه تبعة فيثبت لعاقلته حق الرجوع بما أدوا على الآمر غير انه ان كان الآمر يثبت الامر بالبينة فرجوعهم على عاقلة الآمر لان التسبب فى الجناية لا يكون فوق المباشرة وان

كان الآمر ثبت باقراره فانهم يرجعون عليه في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر أو علي عاقلته فان اقراره ليس بحجة علي العاقلة وان كانوا اجتمعوا في أول الامر وقضى القاضى بها لولي الجناية على عاقلة الصبي ولعاقلة الصبي علي عاقلة الآمر لان القضاء باعتبار السبب والسبب هو الجناية وذلك قد وجد من الصبي فيقضى للمولى على عاقلة الصبي ثم الرجوع على عاقلة الآمر بسبب الامر وذلك بين الآمر والصبي فيقضى لعاقلة الصبي علي عاقلة الآمر مثل ذلك فكلما أخذ ولي الجناية من عاقلة الصبي شيأ أخذت عاقلة الصبي من عاقلة الآمر بمثل ذلك لان الرجوع لدفع الغرم عن عاقلة الصبي وانما يتحقق الغرم بالاداء فيرجعون بقدر ما أدوا بمنزلة رجوع الكفيل علي الاصيل اذا كان كفل عنه بامره *ولو أن ابن الملاعنة قتل رجلا خطأ فقضى القاضي بالديه على عاقلة الام فأدوا الثلث ثم ادعاه الاب وحضروا جميعا فانه يقضى لعاقلة الام بالثلث الذى أدوا علي عاقلة الاب لانهم ما كانوا متبرعين فى اداء ذلك ويبدأ بهم فى سنة مستقبلة قبل أهل الجناية ويبطل الفضل عن عاقلة الام ويقضى بالثلثين الباقيين على عاقلة الاب فى السنتين بعد السنة الاولى ولا يسترد من ولي الجناية ما أخذ من عاقلة الام لانه ملك ذلك بسبب صحيح فان القاضى قضى بذلك علي عاقلة الام فكان قضاؤه ذلك حقا يومئذ وانما يبطل الفضل عن عاقلة الام لانه تبين بالقضاء بثبوت نسبه من أبيه أن جنايته على عاقلة أبيه لا عاقلة أمه ولا فائدة فى استيفاء مابقى من عاقلة الام ثم القضاء بالرجوع لهم على عاقلة الاب بل يستوفى ما بقي من عاقلة الاب بخلاف ما تقدم فى مسئلة الآمر مع الصبي فان هناك السبب بين ولي الجناية وبين الآمر وهنا السبب بين ولى الجناية وعاقلة الاب قد ظهر بدعوى السبب فلهذا قضي بالباقى عليهم ثم فى السنة الاولي بعد القضاء ليس لولي الجناية أن يستوفى منهم شيأ لانه قد ثبت لعاقلة الام حق الرجوع عليهم بما أدوا فى هذه السنة وحقهم مقدم فانهم يرجعون بما استوفاه ولي الجناية فلو قلنا بأن ولى الجناية يستوفى منهم فى هذه السنة أيضا شيأ أدى الى أن يستوفى منهم ثلثي دية واحدة فى سنة واحدة وفيه اجحاف بهم وعلي هذا ابن المكاتب الذى وصفناه لانه بمنزلة ابن الملاعنة حين استندت حرية ابنه الى حياة أبيه واذا كانت المرأة حرة ومولاه لبنى تميم تحت عبد لرجل من همدان فولدت غلاما فعاقله الابن عاقلة أمه لانه لا ولاء له من جهة أبيه فانه عبد والولاء كالنسب فيتبع الولد فيه أمه اذا انعدم من قبل الاب كما فى النسب فان جنى جناية فلم يقض بها القاضى

على عاقلة الام حتى عتق الاب فان القاضي يحول ولاءه الى موالى أبيه لانه ظهر له ولاء فى جانب الاب وهو الاصل كما فى النسب ثم يقضى القاضى بالجناية التى قد جناها على عاقلة أمه ولا يحولها عنهم * وكذلك لو كان حفر بئرا قبل عتق أبيه ثم سقط فيها انسان بعد عتق أبيه وما خاصم فى ذلك حتى قضى بالدية على عاقلة الام ان كان بالغا وان كان صغيرا فأبوه لان مباشرة السبب كانت منه فهو الخصم بالقضاء بالسبب عليه والحكم يبنى على السبب ثم انما يقضى هاهنا على عاقلة الام بخلاف ماتقدم فى ابن الملاعنة وابن المكاتب لان هذا ولاء حادث حدث بعد الجناية ولم يستند الى وقت سابق فلم يتبين به انه عند جنايته لم تكن على عاقلة موالى أمه وفى مسئلة النسب لم يثبت من وقت الدعوى وانما ثبت من وقت العلوق وكذلك عتق المكاتب الميت عند أداء بدل الكتابة لا يثبت مقصورا على حالة الاداء بل يستند الى حال حياته فلهذا كان القضاء هناك على عاقلة أبيه وهاهنا على عاقلة الام وكذلك فى مسئلة حفر البئر لان عند الوقوع انما يصير جانيا بالحفر السابق وقد كانت عاقلته فى الوقت قوم أمه * ولو ان امرأة مسلمة مولاة لبنى تميم جنت جناية أو حفرت بئرا فلم يقض بالجناية حتى ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فأعتقها رجل من همدان ثم وقع فى البئر رجل فمات قضى بتلك الجناية على بنى تميم لانه انما حدث لها ولاء بسبب الاعتاق بعد الجناية أو الحفر فلا أثر لهذا الولاء فى الجناية التى كانت منها قبل ذلك كما فى المسئلة المتقدمة وعلل فى الكتاب فقال لان الحالة الثانية غير الحالة الاولى يعنى ان حالها تبدل بالسبي والعتق فكانت فى حكم شخص آخر وانما يقضى بالجناية الاولى على عاقلة الجانية وعاقلة الجانية بنو تميم فاما همدان فعاقلة امرأة أخرى في الحكم لانها تبدل حالها حين صارت فى حكم امرأة أخرى * حربى أسلم ووالى مسلما فى دار الاسلام ثم جنى جناية عقلت عنه عاقلة الذي والاه فان ولاء الموالاة عندنا بمنزلة ولاء العتق فى حكم عقل الجناية وقد بينا هذا فى كتاب الولاء ثم لا يكون له أن يتحول بولائه بعد الجناية لانها تأكدت بفعل الجناية فان عقلوا عنه أو لم يقض بها حتى أسر أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل وأعتقه جر ولاء ابنه لان ولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فبعد ما ظهر لابيه ولاء عتق لا يبقى ولاء الموالاة فى حقه بل يلغى حكما وتأكده لا يمنع من ذلك بمنزلة الولد الثابت ولاؤه لموالى أمه عليه ثم لا ترجع عاقلة الذى كان والاه على عاقلة موالى الاب بشئ فلا تزول تلك الجناية عنهم وان لم يكن قضى بها عليهم لان هذا ولاء حادث بسبب

جديد وهو اعتاق الاب فلا يظهر أثره فى الجناية الثانية وكذلك لو حفر بئرا قبل أن يؤسر أبوه ثم وقع فيها انسان بعد عتق الاب فان ذلك علي عاقلة الذى والاه دون عاقلة أبيه والخصومة فى سببه مع الجانى لان مباشرة السبب كانت منه * ذمى أسلم ولم يوال أحدا حتى قتل قتيلا خطأ فلم يقض به حتى والى رجلا من بنى تميم ثم جنى جناية أخرى فانه يقضى بالجنايتين على بيت المال ويجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وتبطل موالاته مع الذى والاه لان الذي أسلم ولم يوال أحدا فولاؤه لبيت المال حتى يكون ميراثه لومات لبيت المال فاذا جنى جناية تعقل وجب علي بيت المال وتأكد به حكم ذلك الولاء ولا يصح منه عقد الموالاة بعد ذلك مع أحد فلهذا كان موجب جنايته علي بيت المال * وكذلك لو رمى بسهم أو حجر خطأ قبل أن يوالى أحدا فلم تقع الرمية حتى والى رجلا ثم وقعت فقتلت رجلا كانت موالاته باطلة لانه بالرمى جان (ألا ترى) ان المعتبر حالة الرمى حتي لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد فأصابه السهم حل تناوله واذا كان بالرمى جانيا وذلك حصل منه قبل الموالاة تأكد به الولاء لبيت المال * ولو حفر بئرا فى الطريق فلم يقع فيها أحد حتى والى رجلا ثم وقع فيها رجل فمات فان دية القتيل عليه فى ماله وولاء الذى والاه صحيح ولا يشبه هذا مامضى قبله من الرمية والجناية لان مجرد الحفر ليس بجناية يجب بها أرش حتى يعطب فيها انسان فقد والى وليس فى عنقه جناية فصحت الموالاة والرمية كانت جناية منه فانما والاه وفى عنقه جناية وبيان هذا الفرق أن الرامى مباشر ولا تتحقق المباشرة الا باعتبار فعله (ألا ترى) انه بالرمى ملتزم القود اذا كان عمدا والكفارة اذا كان خطأ فعرفنا انه جان حين رمى وأما الحافر فليس بمباشر للقتل ولهذا لاتلزمه الكفارة ولا يحرم الميراث ولكنه متسبب وانما يتم هذا السبب عند وقوع الواقع فى البئر فقد والى وليس فى عنقه جناية فصحت الموالاة ثم دية هذا الواقع فى البئر لاتكون على من والاه لانه عند الوقوع صار جانيا عليه بالحفر السابق وقد كان ذلك قبل الموالاة ومن والاه لم يتحمل عنه موجب أفعاله قبل الموالاة ولا يعقل عنه بيت المال لانه ان جعل ذلك علي بيت المال بطل ولاؤه ولا وجه لابطال الولاء المحكوم بصحته فلنا ان وجب عليه دية القتيل فى ماله بمنزلة من لاعاقلة له وكذلك الرجل يسلم ويوالي رجلا ثم يجنى أو يرمى أو يحفر بئرا ثم ينتقل بولائه فهو بمنزلة ماتقدم لان الاول فى المعنى تحول بالولاء فانه كان مولى لبيت المال فلا فرق بين أن يتحول بولاء كان ثابتا عليه لبيت المال وبين أن يتحول بولاء

كان ثابتا عليه لا نسان بعقده (ألا ترى) أن حافر البئر لو لم يقع فى البئر أحد حتى تحوّل
ولائه الى رجل فوالاه وعاقده ثم جنى جنايات كثيرة كان عقلها علي عاقلة المولي الآخر علم
بالحفر أو لم يعلم لانه لم يدر انه يقع فى البئر انسان أولا يقع فيكون ولاؤه مع الثانى صحيحا
وعقل جنايته عليه فبعد ماعقلوا اذا وقع فى البئر رجل لو قلنا بان ديته علي عاقلة المولى الاول أو
علي بيت المال بطل هذا كله وذلك لا يستقيم ثم اشتغل فى الكتاب بالكلام مع زفر رحمه الله
فقال ان قال قائل فكيف لم يشتبه الولاء المنتقل بعتق الاب قبل القضاء للعاقلتين اللتين تكون
احداهما عاقلة ثم لا يتحول الى العاقلة الاخرى وقد قلت اذا تحول من ديوان الي ديوان قبل
قضاء القاضى انه يقضى بالدية على أهل الديوان الذى انتقل اليهم ثم أشار الي الفرق فقال اذا
انتقل من ولاء الى ولاء صارت الحالة الثانية فى حقه غير الحالة الاولى فيكون ذلك بمنزلة نفسه
ونظيره مابينا فى المرأة الجانية اذا ارتدت نسبيت وأعتقت وصاحب العاقلتين لم يتحول حاله
بل حاله واحدة وان تحولت عاقلته بتحوله من ديوان الى ديوان فلهذا كان المعتبر عاقلته وقت
القضاء واستوضح هذا بما بينا ان نفس القتل الواجب عليه النفس فانما يتحول الى الدية بقضاء
القاضى وعند القضاء العاقلة يتحملون عنه فمن ضرورته أن يكون الوجوب عليه أولا والدليل
عليه ماذكرنا من الاقرار بقتل الخطأ ثم استوضح هذا بمسئلة مبتدأة فقال كان أبو حنيفة
رحمه الله يقول لو أن رجلا قتل رجلا خطأ فلم يقض عليه بالدية حتى صالحه على عشرين ألف
درهم أو على ألفى دينار أو على مائتى بعير أو ثلاثة آلاف شاه أو ثلثمائة بقرة لم يجز ذلك ورد
الى الدية ولو قضى القاضي عليه بالف دينار فصالح على عشرين ألف درهم أو على مائتى بعير
باعيانها كان جائزا فبهذا يتبين ان النفس انما تصير ما لا بقضاء القاضى فالقضاء ما يقع عليه
الصلح بدل النفس وبدل النفس شرعا مقدر بعشرة آلاف درهم أو مائة من الابل فالصلح
علي أكثر من ذلك باطل وبعد قضاء القاضى بالدنانير قد وجبت الدنانير فانما يقع الصلح بعد
ذلك من الدنانير على الدراهم أو الابل ثم هذه المسئلة لا يستقيم جوابها علي أصل أبى حنيفة
فان عنده البقر والغنم ليسا بأصل فى الدية ولا يدخلهما التقدير فينبغى أن يجوز الصلح عنده على
أى مقدار كان منها وقيل بل هو مستقيم لان عنده القاضى لو قضى فى الدية بالبقر والغنم كان
قضاؤه نافذا فيما يقضي بالفى شاة ومائتى بقرة لان ذلك مجتهد فيه فينفذ قضاء القاضى به وكذلك
اذا اصطلح الخصمان لان صلحهما فى حقهما كقضاء القاضى به ولو قضى القاضي فى الدية بثلاثة

آلاف شاة أو ثمانمائة بقرة لم يجز قضاؤه فكذلك اذا اصطلح الخصمان على ذلك * ولو أقر رجل بقتل رجل خطأ عند القاضى وأقام ولى الجناية عليه البينة قضى بالدية على العاقلة لان الولى محتاج الى هذه البينة فوجب قبولها وبه يتبين ان المال لا يجب بدون القضاء لان الاقرار موجب بنفسه فلو وجب المال به عليه لا يستقيم قبول البينة من الولى بعده والقضاء به على العاقلة فان قال الولى بعد الاقرار به لا أعلم لي بينة فاقض لي بها عليه فى ماله فقضي القاضي بها فى مال المقر ثم وجد ولي الجناية بينة فاراد أن يحول ذلك الى العاقلة لم يكن له ذلك لان المال قد وجب عليه بقضاء القاضي فلا يكون للولى أن يبطل قضاءه ببينته فتحول ذلك الي العاقلة ولو قال الولي لا تعجل بالقضاء في ماله لعلى أجد بينه فاخره القاضى ثم وجد بينة قضي له على العاقلة لما بينا * ولو أن رجلا من أهل البادية حفر بئرا فى الطريق ثم ان الامام نقل أهل البادية الي الامصار فتفرقوا فيها وصاروا أصحاب أعطية ثم وقع فى تلك البئر انسان كانت الدية على عاقلته يوم وقع الرجل في البئر لان عند الوقوع فى البئر يصير جانيا بالحفر السابق وأورد هذا النوع لايضاح ماسبق من الفرق بين هذا الحفر وغيره * قال وكذلك لو حفر وهو من أهل العطاء ثم أبطل الامام عطاءهم وردهم الى انسابهم فتعاقلوا عليها زمانا طويلا ثم مات انسان فى البئر كان عليه اليوم الذى وجب المال فيه لما بينا ان الرجل لم يخرج من نسبه وان أثبت له فى الديوان عطاء ولم يتحول الى حالة أخرى وانما انتقلت عاقلته فلا تتبدل به نفسه * ولو ان أهل عطاء الكوفة جنى رجل منهم جناية وقضى بها علي عاقلته ثم ألحق بقوم من قومه من أهل البادية أو من أهل المصر لم يكن لهم ديوان وجعلوا مع قومهم عقلوا معهم ودخلوا فيما قضى به من الجناية ولم يدخلوا فيما أدوا قبل ذلك وهذا بمنزلة ما لو قلت العاقلة حتى ضم الامام اليهم أقرب القبائل فى النسب والاصل فى هذا كله أن حال الجانى اذا تبدل حكما وانتقل من ولاء الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى كان قضي بها أو لم يقض وان ظهرت حالة حقيقية مثل دعوى الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو لم تختلف حالة الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك الوقت بالقضاء فان كان قضى على الاولى لم ينتقل الي الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه * ولو أن رجلا من أهل البادية من أهل الابل جنى جناية فلم يقض

بها حتى نقله الامام وقومه فجعلهم أهل عطاء وجعل عطاءهم الدنانير ثم رفع الى القاضي قضي عليهم بالدنانير دون الابل لان وجوب المال بقضاء القاضي وعند قضاء القاضي مالهم عطاء فيقضي بالدية من جنس ذلك ولو كان قضي عليهم بمائة من الابل ثم نقله الامام وقومه الى العطاء وجعل عطاءهم الدنانير أخذوا بالابل أو بقيمتها وان لم يكن لهم مال غير العطاء أخذت قيمة الابل من اعطياتهم قلت القيمة أو كثرت لان الابل تعينت دية بقضاء القاضي والحيوان لا يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا يتغير حكم ذلك القضاء بصيرورتهم من أهل العطاء ولكنهم يؤخذون بما قضي به عليهم في أموالهم فان لم يكن لهم مال غير العطاء أخذت قيمة الابل من اعطياتهم لان ذلك مالهم وقد ذكر قبل هذا اذا قضي عليهم بالدية ثم جعلهم الامام أهل العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم ومن أصحابنا رحمهم الله من بين في هذه المسئلة روايتين كانتاهما في هذا الكتاب ومنهم من وفق فقال هناك أبهم الجواب انه يؤخذ من اعطياتهم للتيسير عليهم ولم يبين ماذا يؤخذ ثم فسر ذلك هاهنا فقال تؤخذ قيمة الابل من أعطياتهم وتأويل ماذكر هناك انه قضي من جنس العطاء عليهم بالدية ولم يعين جنسا منها بقضائه حتى صاروا أهل عطاء وانما يعين عليهم بعد ذلك ماهو من جنس العطاء ويأخذه من العطاء وهاهنا عين الجنس عند قضائه وقضي عليهم بمائة من الابل والعطاء ليس من جنس الابل فيكون الرأى اليهم ان شاؤا أدوا الابل من أموالهم وان شاؤا القيمة فاذا لم يكن لهم مال غير العطاء تؤخذ القيمة من أعطياتهم * ولو أن ذميا أسلم ووالي رجلا ثم جنى جناية خطأ فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشئ حتى أبرأ أولياء المجني عليه الجاني من الجناية فللجاني أن يتحول بولائه عن الذي والاه لان بابرائه سقط موجب الجناية ولم يجب شئ على الذي والاه لان الوجوب عليه بقضاء القاضي ولو كان الابراء بعد ما قضي القاضي على العاقلة بالدية لم يكن له أن يتحول بولائه لان بقضاء القاضي وجبت الدية علي العاقلة لتأكد الولاية ثم بسقوطه عن العاقلة بالابراء وسقوطه بالاستيفاء سواء ومعنى هذا الفرق أن موجب الجناية قبل القضاء علي الجاني فالابراء يكون اسقاطا عن العاقلة وهذا بخلاف ما تقدم اذ لم يوجد الابراء ولا القضاء حتى تحول بولائه الى غيره لان هناك موجب الجناية الاولي الباقية فانما يقضي القاضي به على عاقلة الاولى فلا يمكن أن يتحول حتى لو كان أقر الجاني بالجناية كان له أن يتحول سواء قضي بها عليه في ماله أو لم يقض لان موجب الجناية الثانية باقراره يكون عليه

لا على عاقلته فلم يوجد فى حق العاقلة ما يتأكد به الولاء ولو لم يجن ولكنه التحق معهم فى ديوانهم فجنى بعضهم فعقل عنه معهم لم يكن له أن يتحول بولائه عنهم لان الذى والاه ليس له أن يحوله اذا عقل عنهم فكذلك لا يكون له أن يتحول عنهم (ألا ترى) ان المولي بعد ما عقل عنه لم يكن له أن يبرأ من ولائه كما ليس له أن يتحول بالولاء عنه وقد كان قبل العقل لكل واحد منهما ذلك فاذا لم يكن لاحدهما أن يتحول بعد عقل الجناية لم يكن للآخر أن يحوله أيضا ولو أخذ معهم العطاء ولم يعقل عنهم كان له أن يتحول عنهم لان بأخذ العطاء لا يتأكد حكم الولاء بينه وبينهم انما يتأكد ذلك بعقل الجناية اعتبارا لولاء الموالاة فان ذلك انما يتأكد بعقل الجناية حتى ان عقل عقل الجناية لكل واحد منهما أن يتحول بولائه وليس له ذلك بعد عقل الجناية من جانب واحد أو من جانبين والله أعلم بالصواب

كتاب الوصايا

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمة الله عليه إعلم بان الوصية عقد مندوب اليه مرغوب فيه ليس بفرض ولا واجب عند جمهور العلماء وقال بعض الناس الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثونه فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على أحد ممن لم يرثوه واستدلوا بقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه وحجتنا فى ذلك أن الوصية مشروعة لنا لا علينا قال عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو قال حيث أحببتم والمشروع لنا مالا يكون فرضا ولا واجبا علينا بل يكون مندوبا اليه بمنزلة النوافل من العبادات ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع فى حالة الحياة وذلك احسان مندوب اليه وكذلك التبرع بالوصية بعد الموت وأما الآية فقد اتفق أكثر أهل التفسير على أن ذلك كان فى الابتداء قبل أن ينزل آية المواريث ثم انتسخ وتكلموا فى ناسخه وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول انما انتسخ بقوله من بعد وصية يوصى بها أو دين فانه نص على الميراث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين والاقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية

لذ كر الارث بعد الوصية المعرفة لان تلك وصية معهودة وهذا قول الشافعي أيضا بناء على مذهبه أنه لايجوز نسخ الكتاب بالسنة والرازى كان لايجوز نسخ الكتاب الا بالخبر المتواتر وأكثر مشايخنا رحمهم الله يقولون انما انتسخ هذا الحكم بقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لاوصية لوارث وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ونسخ الكتاب جائز بمثله عندنا لان ماتلقته العلماء بالقبول والعمل به كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو سمعناه يقول لا تعملوا بهذه الآية فان حكمها منسوخ لم يجز العمل بها ولاجل شهرة هذا الحديث بدأ الكتاب به ورواه عن أبي قلابة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاوصية لوارث وفى بعض الرواية قال الا أن يجيزه الورثة وفى هذه الزيادة بيان ان المراد نفى الجواز لانفى التحقيق ومن ضرورة نفى الجواز نفى الفرضية والوجوب والحديث مرسل بالطريق الذى رواه ولكن المراسيل حجة عندنا كالمسانيد أو أقوى من المسانيد لان الراوى اذا سمع الحديث من واحد لا يشق عليه حفظ اسمه فيرويه مسندا واذا سمعه من جماعة يشق عليه حفظ الرواية فيرسل الحديث فكان الارسال من الراوى المعروف دليل شهرة الحديث فاما الحديث الذي رواه فهو شاذ فيما تم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول علي ما كان ابتداء قبل نزول آية المواريث أو المراد أن ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والاخذ بمكارم الاخلاق لقوله عليه السلام لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعانا وجاره طاوالى جنبه والمراد مابينا ثم الوصية تتقدر بقدر الثلث من المال وهى مأخوذة من الدين لحديث على رضى الله عنه قال انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قبل الوصية وهكذا نقل عن ابن عباس رضى الله عنهما فهذا منهما اشارة الى معنى التقديم والتأخير فى الآية ثم قضاء الدين من أصول حوائج المرء لانه تفرغ به ذمته والوصية ليست من أصول حوائجه وحاجته مقدمة فى تركته (ألا ترى) انه يقدم جهازه وكفنه لحاجته الى ذلك فكذلك قضاء الدين ثم زعم بعض أصحابنا أن الوصية بعد الدين تقدم علي الميراث لظاهر الآية وأكثرهم قالوا التقديم لا يظهر فى الوصية بل الوارث يستحق الثلثين ارثا في الوقت الذى يستحق الموصى له الثلث بالوصية والمراد من الآية تقديم الوصية علي الميراث فى الثلث لانه محل للارث اذا لم يوص فيه بشئ فاذا أوصى كانت الوصية فى الثلث مقدمة علي الميراث والدليل على أن محل الوصية النافذة شرعا ثلث

المال مارواه من حديث سعد بن مالك قال يارسول الله أوصى بمالى كله فقال لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس وفى رواية يتكففون وأصل هذا الحديث ماروى أن سعدا رضى الله عنه مرض بمكة عام حجة الوداع فدخل عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم يعوده فقال يارسول الله أخلف عن دار الهجرة فأموت بمكة فقال انى لارجو أن يبقيك الله ينتفع بك أقوام ويضربك آخرون لكن البائس سعد بن خولة يرثى له ان مات بمكة قيل هذا من النبى عليه السلام اشارة الى ماجرى من الفتوح على يد سعد فى زمن عمر رضى الله عنه ثم قال يارسول انى لايرثنى الا ابنة لى أفأوصى بمالى كله الحديث وفيه دليل على انه لا ينبغى للمرء أن يوصى با كثر من ثلثه لان النبي عليه السلام ذم المعتدين فى الوصية والتعدى فى الوصية مجاوزة حدها قال الله تعالى ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون وفى الحديث الحيف فى الوصية أكبر الكبائر والحيف هو الظلم والميل وذلك بمجاوزة الحد المحدود شرعا بان يوصى لبعض ورثته أو يوصى بأ كثر من ثلث ماله على قصد الاضرار بورثته والدليل على ان محل الوصية الثلث ماروينا من قوله ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ثم بين المعنى بقوله انك ان تدع عيالك أغنياء معناه ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال خير لك من الوصية فيه وفى هذا دليل أن التقليل فى الوصية أفضل وذلك مروى عن أبى بكر وعمر وقال لان يوصى بالخمس أحب الينا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب الينا من أن يوصى بالثلث وعن علي رضى الله عنه مثل ذلك وزاد وقال من أوصى بالثلث فلم يترك شيأ يعنى لم يترك شيأ مما جعل له الشرع حق الوصية فيه فعرفنا ان القليل فى الوصية أفضل لان ذلك أبعد عن وحشة الورثة فانه اذا أوصى بجميع الثلث قال الوارث لا منة له علي فانه ماترك الوصية بما زاد على الثلث الا لعجزه عن تنفيذه شرعا وحق الوارث ثبت فى ماله شرعا قال عليه السلام ان أفضل الصدقة أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل العيش وتخشى الفقر حتى اذا بلغ هذا وأشار الى التراقى قلت لفلان كذا ولفلان كذا كان ذلك وان لم يقل وانما تحل الوصية بالثلث شرعا لمن يترك مالا كثيرا يستغنى ورثته بثلثيه اما لكثرة المال أو لقلة الورثة هكذا روى ان عليا استأذنه رجل فى الوصية لمن يترك خيرا يريد قوله تعالي ان ترك خيرا ثم يستدل بظاهر هذا الحديث من يقول بان الغنى الشاكر أفضل من الفقير الصابر فان النبي عليه السلام قدم صفة الغنى لوارثة سعد فقال

انك ان تدع عيالك أغنياء ولكنا نقول قدم صفة الغنى لهم واختار الفقر لنفسه والافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه ثم انما قدم الغنى على الفقير الذى يسأل كما قال من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس أى يلحون فى السؤال ونحن انما نقدم الفقير الصابر دون الذى يسأل كما وصفهم الله بقوله تعالى يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا وهذا لان الفقر مع الصبر أسلم للمرء وأزين للمؤمن قال عليه السلام الفقر أزين للمؤمن من العذار الجيد على جلد الفرس فأما الغنى فسبب للطغيان والفتنة قال الله تعالى كلا ان الانسان ليطغى أن رآه استغنى وروى أن حمزة بن عبد المطلب أوصى الى زيد بن حارثة يوم أحد وان عليا رضى الله عنه أوصى الى الحسن رضى الله عنهم وفيه دليل ان للمرء أن يوصى الى غيره فى القيام بحوائجه بعد وفاته وهذا من نظر الشرع له أيضا فقد يفرط فى بعض حوائجه فى حياته أو تخترمه المنية فيحتاج الى من يقوم مقامه فى القيام بحوائجه بعد موته والايصاء الى الغير كان مشهورا بين الصحابة رضى الله عنهم فان أبا بكر رضى الله عنه استخلف عمر وأوصى الى عائشة رضى الله عنها فى حوائجه وعمر أوصى الى حفصة وتكلم الناس فى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هل أوصى الى أحد والصحيح عندنا انه لم يوص الى أحد بشئ انما أمر أبا بكر أن يصلى بالناس وبه استدلوا على خلافته فقالوا ما اختاره لأمر ديننا الا وهو رضى به لامر دنيانا وينبغى أن يوصى الى من هو أقرب اليه اذا كان أهلا لذلك كما أوصى على الى ولده الحسن رضى الله عنه وأوصى حمزة الى زيد بن حارثة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد آخى بينهما حين قدم المدينة وذكر عن ابن مسعود انه سئل عن انسان أوصى بسهم من ماله فقال هو السدس وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال مطلق لفظ السهم فى الوصية والاقرار ينصرف الى السدس وهو مروى عن جماعة من أهل اللغة منهم اياس بن معاوية قالوا السهم السدس وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا للموصى له سهم مثل أخس سهام الورثة وروى ذلك فى الكتاب عن شريح لان ماله يصير سهاما بين ورثته فذكر السهم ينصرف الى ذلك وأخس السهام متيقن فيه الا أن يجاوز السهم فحينئذ لا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة وأبو حنيفة يقول هذا ان لو ذكر السهم معرفا وقد ذكره منكرا بقوله أوصيت لكم بسهم من مالي فينصرف الى ما فسر أهل اللغة السهم به * وبيان المسئلة يأتى فى موضعه وعن عمر رضى الله عنه قال اذا أوصى الرجل بوصيتين فالأخيرة منهما أملك وبظاهره

أخذ الشافعي فقال الوصية الثانية بالثلث أو بالعتق للذى أوصى به لغيره يكون دليل الرجوع عن الوصية الاولى ولكنا نقول المراد وصيتان بينهما منافاة بان يوصي ببيع عبده من انسان ثم يوصى بعتقه أو على عكس ذلك فان بين هاتين الوصيتين فى محل واحد منافاة فالثانية منهما دليل الرجوع عن الاولي فأما اذ أوصى الى انسان بعبد بعينه ثم أوصى لآخر بذلك العبد فلا منافاة بين الوصيتين فى المحل ومراده ان يكون كله لاحدهما ان لم يقبل الآخر الوصية أو لم يبق الى ما بعد موت الموصى وان لم يكن مشتركا بينهما ان قبلا جميعا الوصية فلا تكون الثانية منهما دليل الرجوع عن الاولي وان لم يستحق الموصى له الاول الترجيح بالسبق فلا أقل من أن يزاحم الموصي له الثانى وعن ابراهيم في الرجل يموت ولم يحج قال ان أوصى أن يحج عنه فمن الثلث وان لم يوص فلا شئ وبهذا نأخذ وقد بينا المسئلة فى كتاب المناسك فنقول فيما يجب حقا لله تعالى خالصا كالزكاة والحج لايصير دينا فى التركة بعدالموت مقدما علي الميراث ولكنه ينفذ من الثلث ان أوصي به كما ينفذ بسائر التبرعات وان لم يوص به فهو يسقط بالموت فى أحكام الدنيا وان كان مؤاخذا فى الآخرة بالتفريط فى الاداء بعد التمكن منه وعلي قول الشافعي يصير ذلك دينا فى تركته مقدما علي الميراث أوصى به أو لم يوص وقد بينا المسئلة فى كتاب المناسك والزكاة وعن ابراهيم فى الرجل يوصى بثلث ماله يحج به عنه أو يعتق به رقبة فلم تتم الحجة ولا الرقبة قال يتصدق عنه ولسنا نأخذ بهذا فان تنفذ الوصية تجب على ما أوجبه الموصي بحسب الامكان والتحرز عن التبديل واجب بالنص قال تعالي فمن بدله بعد ما سمعه الآية وانما يحج بثلثه من حيث يبلغ وان كان الثلث لقلته بحيث لا يمكن أن يحج به عنه فهو لورثته وكان ابراهيم ذهب فى ذلك الى ان مقصود الموصي التقرب الى الله تعالى بثلث ماله ونيل الثواب فى ذلك القدر من المال فيجب تحصيل مقصوده بحسب الامكان وذلك فى التصدق به ولكنا نقول اعتبار التعبير فى ألفاظ الشرع يجب لانها لاتخلو عن حكمة حميدة فاما فى أوامر العباد فيعتبر اللفظ (ألا ترى) انه لو أمر انسانا بان يطلق امرأته للسنة فطلقها بغير السنة لم يقع والشرع أمر بايقاع الطلاق للسنة ومن طلق امرأته لغير السنة كان طلاقه واقعا وعن ابراهيم قال لا بأس بأن يوصي المسلم للنصرانى أو النصرانى للمسلم فيما بينه وبين الثلث وهكذا عن شريح وبه نأخذ فان الوصية تبرع بعد الوفاة بعقد مباشرة فيعتبر بالتبرع فى حياته ولا بأس بعقد الهبة بين المسلم والذمى فى حال الحياة والاصل فيه قوله

تعالى لا ينهاكم الله الى قوله ان تبروهم وتقسطوا اليهم وان أراد بهذا بيان الفرق بين الوصية والميراث فان الارث لا يجرى مع اختلاف الدين لان الارث طريقه طريق الولاية والخلافة على معنى أنه يبقى للوارث المال الذى كان للمورث واختلاف الدين يقطع الولاية فاما الوصية فتمليك بعقد مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث وعن ابراهيم فى الرجل يستأذن ورثته فى الوصية فيأذنون له ثم يرجعون بعد موته قال لهم ذلك ان شاؤا رجعوا وبه نأخذ فان الاجازة من الورثة معتبرة فى الوصية بما زاد علي الثلث أوفى الوصية للوارث وانما تعتبر اجازتهم بعد موت الموصى فأما فى حياته فلا تعتبر لان الاجازة اما أن تكون بمنزلة التمليك منهم أو بمنزلة اسقاط الحق وانما ثبت ذلك كله لهم بعد موت الموصى فتمليكهم قبل أن يملكوا أواسقاطهم لحقهم قبل أن يتقرر وجوب الحق لهم يكون لغوا ثم اجازتهم فى حالة الحياة لا تكون دليل الرضى منهم بهذا بل الظاهر انهم كارهون له الا أنهم احتشموا المورث فلم يجاهروه بالاباء فلو لزمهم حكم الاجازة فى حالة الحياة تضرروا بخلاف ما بعد الموت فاجازتهم بعد الموت دليل الرضى منهم وعن ابراهيم فى رجل أوصى لغير وارث بدين أو أقر به قال هو جائز ولو أحاط بماله ومراده الاقرار بالدين لا الوصية وانما سماه وصية لذكره اياه فيما بين الوصايا وفى موضع الوصية وبهذا نأخذ فنقول الاقرار لغير الوارث بالدين صحيح وان أحاط بماله وهو مروى عن ابن عمر رضى الله عنه وقد روى مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيناه فى كتاب الاقرار وعن الشعبي انه سئل عن رجل له ثلاث بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم قال له الربع وبه نأخذ لان مثل الشئ غيره فهو جعل نصيب أحد البنين معيارا لما أوجب الوصية فيه وجعل وصيته بمثل ذلك فاما أن يقال يصير الموصى له بالايجاب كابن آخر له مع البنين الثلاثة فله الربع أو يقال ينظر فى نصيب أحد البنين فيزاد على أصل السهام مثل ذلك للموصى له والمال بين البنين الثلاثة علي ثلاثة أسهم لكل واحد منهم سهم فاذا زدنا للموصى له سهما على الثلاثة كانت السهام أربعة ثم نعطيه ذلك السهم فيكون له الربع ولا يجوز له أن يعطى الثلث بهذا الايجاب لان ذلك حينئذ ينفذ الوصية له فى نصيب أحد البنين لا فى مثل نصيب أحدهم وهو انما أوصى له بمثل نصيب أحدهم وعن ابراهيم والشعبي قالا فى رجل أوصى لرجلين بالنصف والثلث فردوا الى الثلث أن الثلث بينهم على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب

الثلث اثنان وهذا قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلي رحمهم الله فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فالثلث بينهما نصفان والاصل عند أبي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة تبطل فى حق الضرب بها فى الثلث وبيانه اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة أو أوصي لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله فلم تجز الورثة فعند أبي حنيفة الثلث بينهما نصفان فى الفصلين جميعا وعندهما فى الفصل الاول يكون الثلث بينهما ارباعا على أن يضرب الموصى له بالجميع بالثلث فى سهام جميع المال الثلاثة والموصى له بالثلث بسهم واحد وفى الفصل الثانى يكون الثلث بينهما أثلاثا على أن يضرب الموصى له بالجميع بسهمين والموصى له بالنصف بسهم فهما يقولان ما يوجبه الموصى بعد موته معتبر بما أوجبه الله تعالى من السهام للورثة بعد الموت والله تعالى أوجب للزوج النصف وللاخت النصف وللأم الثلث فكان موجب استحقاق كل واحد منهم بما أوجب له عند الانفراد والضرب بجميع ما سمى له بالوصية فى محل الميراث عند المزاحمة فكذلك فيما أوجب الموصي المقصود استحقاق كل واحد منهما لما أوجبه له عند الانفراد واجازة الورثة * يوضحه ان الموصي قصد سلامة ما سمى لكل واحد منهما بكماله وتفضيل أحدهما على الآخر ففى أحد الحكمين تعذر تحصيل مقصوده عند عدم اجازة الورثة وفى الحكم الآخر ماتعذر تحصيل مقصوده فيجب تحصيله كما او قال أوصيت بهذه الالف لفلان منها بستمائة ولفلان منها بسبعمائة تعتبر تسميته لكل واحد منهما وفى القدر الذى سمي التفضيل بينهما وان تعذر اعتباره فى استحقاق جميع المسمي لكل واحد منهما لضيق المحل ثم وصيته بالنصف والثلث ينصرف كل واحد منهما الى جزء شائع فى جميع ماله وفيما ذهب اليه أبو حنيفة تنفذ وصية أحدهما بجميع الثلث الذى له أن يوصى به وجعل الزيادة فيما أوصي لاحدهما بثلث ماله للآخر خاصة حتى يبطل بعدم اجازة الورثة وذلك خلاف ما أوجبه الموصى (ألا ترى) انه لو أوصي لاحدهما بثلث ماله ولآخر بسدس ماله ولاحدهما بالثلث وللآخر بالربع ان لكل واحد منهما أن يضرب بجميع ما أوصى به له فى الثلث وكذلك لو أوصى لاحدهما بالف درهم وللآخر بالفين وثلث ماله ألف ضرب كل واحد منهما فى الثلث بجميع ما سمى له وكذلك لو أعتق فى مرضه عبدا قيمته ألف وعبدا قيمته ألفان وثلث ماله ألف أو باع من انسان عبدا وحاباه بالف وباع من أحد شيأ وحاباه بالفين ضرب كل واحد منهما فى الثلث بجميع ماحاباه وان كان أكثر من ثلث

ماله فكذلك فيما سبق ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة مفسوخة بتغيير الوصية المفسوخة كالمرجوع فلا يستحق الضرب بها كالوصية بمال الجار وانما قلنا ذلك لانها كانت موقوفة على اجازة الورثة فتنفسخ بردهم كالبيع الموقوف على اجازة المالك ينفسخ برده وتأثيره ان حق الضرب فيه بناء على صحة الايجاب وقد بطل ذلك بالانفساخ فلا معنى للضرب به فى مزاحمة وصية الايجاب فيها صحيح ولهذا فارق المواريث فان ما أوجبه الله تعالى لكل وارث صحيح قطعا ويقينا فعرفنا ان المراد المضاربة بها عند ضيق المحل لعلمنا ان المال الواحد لايكون له نصفان وثلث وبه فارق الوصية بالثلث والسدس لان كل واحد منهما ايجاب صحيح لا ينفسخ برد الوارث فان كل واحد منهما ايجاب بتسمية يوجد ذلك فيما هو محل الوصية وهو الثلث فاما هذا فايجاب بتسمية لاتوجد تلك التسمية الا فيما هو حق الورثة فيبطل بردهم الايجاب فيما يتناول حقهم وكذلك الوصية بالالف والالفين فانها ماوقعت فى حق الورثة بهذه التسمية لان حق الورثة فى أعيان التركة دون الالف المرسلة (ألا ترى) انه يتصور تنفيذ جميع هذه الوصية على ماسمي الموصى من غير اجازة الورثة بان يكثر مال المورث فكذلك فى مسئلة العتق فان ذلك وصية بالبراءة عن السعاية والسعاية بمنزلة الالوف المرسلة (ألا ترى) انه يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت وكذلك فى مسئلة المحاباة فالوصية بالمحاباة تكون من الثمن وذلك بمنزلة المال المرسل حتى يتصور تنفيذه لكل واحد منهما بدون اجازة الورثة عند كثرة المال * فان قيل هذا فاسد فان الخلاف ثابت فيما اذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان قيمته ألفان ولا مال له سواهما وهنا يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما فى جميع ماسمي له بغير اجازة الورثة بان يكثر مال الميت فيخرج العبدان من الثلث * قلنا نعم ولكن وصيتهما بعين التركة حق الورثة فكانت تلك الوصية واقعة فى حق الورثة (ألا ترى) انها لاتصح الا بعد قيام ملكه فى العين عند الوصية بخلاف الوصية بالالف المرسلة فانها صحيحة ان لم يكن فى ملكه مال عند الوصية والطريق الآخر لابى حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث وصية ضعيفة حتى لايجب تنفيذها الا باجازة الورثة والوصية بالارث وصية قوية ولا مزاحمة بين الضعيف والقوى فى الاستحقاق ولكن الضعيف فى مقابلة القوى كالمعدوم بمنزلة الوصية للوارث مع الوصية للاجنبي فانه لا تثبت المزاحمة بينهما والمضاربة عند

عدم اجازة الورثة وبه فارق المواريث فقد استوت السهام فى القوة وكذلك الوصايا فى الثلث فقد استوت فى القوة لمصادفة كل واحد منهما محل الوصية وكذلك التركة اذا كانت ألفا وفيها دين ألف ودين ألفان لان الدينين استويا فى القوة وكذلك الوصايا فى الالوف المرسلة والعتق والمحاباة فانها استوت فى القوة حين لم تصح فى حق الورثة على ما بينا وقول الموصى قصدتين فلنا التفصيل بناء على صحة الايجاب فى حق الاستحقاق وقد بطل ذلك بالرد على الطريق الاول وهو ضعيف على الطريق الثانى فلا يزاحم القوى وبه فارق مسئلة الالف لان مطلق الاضافة اليهما يعقبه تفسير وهو ماسمي من الستمائة لاحدهما والسبعمائة للآخر فيكون الحكم لذلك التفسير استواء الايجاب فى القوة وما قالوا ان الايجاب ينصرف الى جزء شائع هاهنا فاسد فانه اذا أوصي بثلث ماله لابنه استحق الموصى له جميع الثلث ولو انصرف الايجاب الى ثلث شائع فى جميع المال صار له ثلث الثلث لان ذلك القدر صادف محل الوصية وحيث استحق جميع الثلث عرفنا ان تسمية الثلث ،طلقا تنفيذ محل الوصية لتصحيح ايجابه في جميعه كالعبد المشترك بين اثنين يبيع أحدهما نصفا مطلقا فانه ينصرف البيع الى نصيبه خاصة فهذا مثله وعن أبى عاصم الثقفى قال سألنى ابراهيم عن رجل أوصي بنصف ماله وثلثه وربعه فأجازوا قلت لا علم لي بها قال لى خذ مالا له نصف وثلث وربع وذلك اثنا عشر فخذ نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ذلك وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة رحمه الله بخلاف ذلك ولم يزد على ذلك حتى اختلفوا فى تخريج المسئلة علي قول أبي حنيفة وهذه مسئلة معروفة تدعى الثقفية وربما يمتحن من يدعى التحرز فى المقدرات من أصحابنا فأما تخريج قولهما فظاهر لان القسمة عندهما على طريق العول والمضاربة فالموصى له بالنصف يضرب بنصف المال ستة من اثنى عشر والموصى له بالثلث يضرب باربعة من اثنى عشر والموصى له بالربع يضرب بثلاثة فبلغ هذه السهام ثلاثة عشر فحينئذ اجازه الورثة يقسم جميع المال بينهم على ذلك وعند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهم علي ذلك وأما عند أبي حنيفة فقسمة المال بينهم عند اجازة الورثة على طريق المنازعة فخرج أبو يوسف رحمه الله قوله علي طريق ومحمد رحمه الله على طريق آخر والحسن رحمه الله علي طريق آخر وكل واحد منهما روى طريقه عنه وطريق الحسن أوجه فأما طريق أبي يوسف فهو ان الموصي له بالنصف فضل الموصى له بالثلث بسهمين لان تفاوت ما بين النصف والثلث سهمان ولا منازعة فى هذين السهمين لصاحب الثلث والربع فيأخذهما صاحب

النصف ثم لامنازعة لصاحب الربع فيما زاد على الربع الى تمام الثلث وهو سهم وصاحب الثلث
والنصف كل واحد منهما يدعى ذلك وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما سهما ففى ثمانية
استوت منازعتهم فيها يكون بينهم أثلاثا فانكسر بالاثلاث فيضرب أصل المال اثنا عشر فى
ثلاثة فيكون ستة وثلاثين صاحب النصف أخذ مرة سهمين ومرة سهما وقد ضربنا ذلك
فى الثلاثة وهى تسعة وصاحب الثلث أخذ سهما وذلك ثلاثة والباقي أربعة وعشرون بينهم
لكل واحد منهم ثمانية فحصل لصاحب الربع ثمانية من ستة وثلاثين ولصاحب الثلث أحد عشر
ولصاحب النصف سبعة عشر وأما تخريج محمد لقول أبى حنيفة فقريب من هذا ولكنه قال
لما أخذ صاحب النصف سهمين بلا منازعة تراجع حقه الى الثلث فوصاياهم جميعا بعد ذلك
اجتمعت فى الثلث ومن أصل أبى حنيفة أن الوصايا متى وقعت فى الثلث فالقسمة بين أربابها
على طريق العول فيضرب صاحب النصف بما بقي من حقه وهو أربعة من اثنى عشر وصاحب
الثلث باربعة أيضا وصاحب الربع بثلاثة فيكون بينهم على أحد عشر فالسبيل ان تضرب أصل
المال اثنى عشر فى احدى عشر فيكون مائة واثنين وثلاثين كان قد أخذ صاحب النصف
سهمين وضربناسهما فى أحد عشر وذلك اثنان وعشرون بقي بعد ذلك مائة وعشرة لصاحب
الربع من ذلك ثلاثون ولصاحب الثلث أربعون ولصاحب النصف كذلك فجملة ما حصل
لصاحب النصف اثنان وستون ولصاحب الثلث أربعون ولصاحب الربع ثلاثون فاما تخريج
الحسن رحمه الله لقوله فهو انه اجتمع هاهنا وصيتان وصية في الثلث ووصية فيما زاد على الثلث
وأبو حنيفة يرى القسمة على طريق العول فى الوصايا فى الثلث والقسمة على طريق المنازعة
فى الوصايا فيما زاد على الثلث فيعتبر كل واحد منهما ويبدأ بقسمة الثلث لان القسمة على طريق
العول تكون عن موافقة فهو أقوى مما ينبنى على المنازعة ولان الوصية فى محلها أقوى مما اذا
جاوزت محلها فنقول يضرب صاحب النصف فى الثلث بجميع الثلث وهى أربعة وصاحب
الثلث بمثله وصاحب الربع بينهم فيضرب الثلث بينهم على أحد عشر فيكون جميع المال على ثلاثة
وثلاثين ثم يأتى الى القسمة بطريق المنازعة فنقول صاحب النصف حقه في النصف من جميع
المال وذلك ستة عشر ونصف وقد وصل اليه أربعة بقى له من حقه اثنا عشر ونصف وصاحب
الثلث كان حقه فى أحد عشر وصل اليه أربعة بقى له سبعة فما زاد على سبعة الي تمام اثنى عشر
ونصف لامنازعة فيه لصاحب الثلث فيأخذه صاحب النصف وذلك خمسة ونصف ثم صاحب

الربع كان حقه فى الربع وذلك ثمانية وربع وصل اليه ثلاثة بقى له خمسة وربع فما زاد على خمسة وربع الى تمام سبعة لا منازعة فيه لصاحب الربع فصاحب الثلث والنصف كل واحد منهما يدعيه وفى المال سبعة فيأخذ كل واحد منهما سهما وثلاثة ارباع بلا منازعة فجملة ما أخذا من اثنين وعشرين وهو ثلثا المال تسعة مرة خمسة ونصف ومرتين سهم وثلاثة ارباع وذلك ثلاثة ونصف والباقى ثلاثة عشر استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم اثلاثا فانكسر بالاثلاث وكان قد انكسر بالانصاف والارباع الا أن الربع يجزى عن النصف لان النصف يخرج من مخرج الربع فالسبيل أن يضرب ثلاثة فى أربعة فيكون اثنى عشر ثم يضرب أصل المال وذلك ثلاثة وثلاثون في اثني عشر فيكون ثلثمائة وستة وتسعين الثلث من ذلك مائة واثنان وثلاثون كان لصاحب النصف من ذلك أربعة مضروبة فى اثنى عشر وذلك ثمانية وأربعون ولصاحب الثلث مثل ذلك ولصاحب الربع ثلاثة مضروبة فى اثنى عشر وذلك ستة وثلاثون وكان ما أخذ صاحب النصف من الثلاثين بلا منازعة خمسة ونصف مضروبة فى اثني عشر فذلك ستة وستون وما أخذه صاحب النصف وصاحب الثلث ثلاثة ونصف مضروبة فى اثنى عشر وذلك اثنان وأربعون بينهما نصفان لكل واحد منهما أحد وعشرون وكان الذى لا يستقيم بينهم ثلاثة عشر مضروبة فى اثنى عشر فيكون ذلك مائة وستة وخمسين بينهم لكل واحد منهم اثنان وخمسون فصاحب الربع ما وصل اليه من الثلثين الا اثنان وخمسون وصاحب الثلث أخذ مرة اثنين وخمسين ومرة أحدا وعشرين وذلك ثلاثة وسبعون وصاحب النصف أخذ مرة اثنين وخمسين ومرة أحدا وعشرين ومرة ستة وستين فيكون ذلك مائة وتسعة وستين فاذا جمعت بين هذه السهام بلغت سهام ثلثى المال مائتين وأربعة وستين فاذا ضممته الى الثلث الذى اقتسموه على طريق العول كانت الجملة ثلثمائة وستة وتسعين فاستقام التخريج وعن ابراهيم رحمه الله قال اذا أوصي الرجل وأعتق بدىء بالعتق وبه نأخذ وهو مروى عن ابن عمر رضى الله عنه وهذا لان العتق أقوى سببا من سائر الوصايا فانه لا يحتمل الفسخ وهو اسقاط للرق والمسقط يكون متلاشيا وسائر الوصايا يتحمل الفسخ والرجوع عنها وثبوت الحكم بحسب السبب ولا مزاحمة للضعيف مع القوي ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بظاهر هذا الحديث فقدما العتق على المحاباة المتقدمة وأبو حنيفة رحمه الله خص المحاباة من سائر الوصايا باعتبار انها أقوى سببا فسببها عقد الضمان وعقد الضمان أقوى من التبرع وقوة العتق باعتبار حكم السبب

فعند البداءة بالمحاباة يترجح بالسبق وبقوة السبب فقال يبدأ بها وعند البداءة بالعتق يستويان من حيث ان للعتق قوة السبق وقوة الحكم وللمحاباة قوة السبب والمعتبر أولا السبب فان الحكم ينبنى على السبب فيتحاصان وسيأتى بيان المسئلة فى موضعها وعن ابراهيم فى رجل يوصى الى رجل فيموت الموصى اليه فيوصى الى رجل آخر فان وصيتهما جميعا صحيحة وبه نأخذ فان الوصى بعد موت الموصى قائم مقام الموصي فى ولايته فى المال وقد كانت ولايته فى ماله ومال الموصي الاول فيخلفه وصيه فى التصرف فى المالين لان بعد قبول الوصية التصرف فى مال الموصى الاول من حوائج الوصى كالتصرف فى مال نفسه وانما يقيم الموصى مقامه فيما هو من حاجته وعن ابراهيم فى الرجل يوصي لام ولده فى حياته وصحته فيموت قال هو ميراث وان أوصي عند موته لها بوصية فهو لها من الثلث والمراد بوصيته لها فى صحته الاقرار والهبة لا الوصية المضافة الى ما بعد الموت لان حالة الصحة وحالة المرض فى ذلك سواء وبه نأخذ فنقول الهبة لام الولد والاقرار لها بالدين باطل من المولى لانها باقيـة على ملكه وكسبها له بمنزلة القنة فأما وصيتـه لها مضافة الى ما بعد الموت فصحيحة لانها تعتق بالموت ووجوب الوصية يكون بعد الموت فالوصية لها بمنزلة الوصية لجارية أجنبية وعن ابن عمر رضى الله عنه قال اذا أقر الرجل عند موته بدين لوارث فانه لايجوز الا ببينة وان أقر لغير وارث بالدين جاز ولو أحاط بجميع ماله وبه نأخذ فى الفصلين وقد روى فى بعض الروايات مرفوعا الى رسول الله صلي الله عليه وسلم وقد بينا ذلك في الاقرار وعن ابراهيم فى المرأة يضربها الطلق قال هى بمنزلة المريض فى الوصية والتبرع والطلق اسم لوجع الولادة ويسمي ذلك مخاضا أيضا قال الله تعالى فأجاءها المخاض الى جذع النخلة ومتى أخذها وجع الولادة فهى بمنزلة المريض لانها أشرفت علي الهلاك الا أنه قد يأخذها الوجع ثم يسكن فباعتبار ذلك الوجع لا تصير فى التبرعات كالمريضة بمنزلة مرض يعقبه برء وانما تصير كالمريضة اذا أخذها الوجع الذى يكون آخره انفصال الولد عنها من سلامتها به أو موتها لان المعتبر مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله لم يجز فى الفضل علي الثلث الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصى ليتدارك به مافرط فى حياته فما زاد على ذلك اذا أوصى به فقد قصد الاضرار بورثته باسقاط حقهم عما تعلق حقهم به وايثار الاجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد عليه

قصده بأن يأبى الاجازة ولا معتبر باجازته فى حياة الموصى عندنا وقال ابن أبى ليلى تصح اجازته فى حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته لانه سقط حقه بالاجازة وبالمرض قد تعلق حقه بماله فيصح اسقاطه وفقه هذا أن حق الوارث انما يثبت فى ماله بالموت ولكن سبب موته المرض فلما أقيم هذا السبب مقام حقيقة الموت فى منع المورث من التصرف المبطل لحق الوارث فكذلك قام مقامه فى صحة اسقاط الحق من الوارث بالاجازة ولكنا نقول اسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سببا وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا اسقاط الحق قبل تقرر السبب ثم الاجازة من الوارث انما تعمل لوجود دليل الرضى منه بتصرف المريض واجازته فى حياة الموصى لا تدل على ذلك بل الظاهر انه احتشم المورث فلم يجاهره بالرد من غير أن يكون راضيا بوصيته بخلاف ما اذا أجازه بعد الموت وفى الاجازة بعد الموت ان لم يكن الوارث من أهله بان كان صغيرا فهو باطل أيضا لانه اسقاط الحق بطريق التبرع فأما اذا كان كبيرا فاجازته صحيحة ويسلم المال للموصى له بطريق الوصية من الموصى عندنا وعند الشافعى صحيحة بطريق التمليك من الوارث ابتداء منه حتى لا يتم الا بالقبض على قوله وعندنا يتم من غير قبض الموصى له والشيوع لا يمنع صحة الاجازة وليس للوارث أن يرجع فيه . وجه قوله أن بنفس الموت قد صار قدر الثلثين من المال ملكا للوارث لان الميراث يثبت من غير قبول الوارث ولا يرتد بالرد فاجازته تكون اخراجا للمال عن ملكه بغير عوض وهذا فيه لا يتم الا بالقبض كما لو أوصى بمال جاره فاجازه الجار بعد موته ولكنا نقول تصرف الموصى صادف ملكه وامتنع نفوذه بقيام حق الغير فيه اجازة من له الحق تكون اسقاطا كاجازة المرتهن بيع الراهن وكذلك ان أجازوا وصية الوارث ولو أوصى بالف درهم من مال رجل أو بعبد أو ثوب فاجاز ذلك الرجل قبل موته أو بعده فله أن يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصى له فاذا دفعه اليه جاز لان وصيته من مال غيره بمنزلة الهبة كانه وهب مال غيره فلا يصح الا بالتسليم والقبض كما لو وهب مال نفسه بخلاف الوصية من مال نفسه بأكثر من الثلث لانه أوصى بمال نفسه الا أنه لم ينفذ لحق الورثة فاذا أجازوا فقد أبطلوا حقهم وجاز من قبل الوصى جواز الوصية فلم يكن التسليم من شرط صحتها وجوازها واذا أوصى الرجل لرجل بعبد ولآخر بثوب ولآخر بدار والثلث يبلغ الف درهم والوصية تبلغ

ألفا وخمسمائة أصاب كل واحد منهم ثلثي وصيته وبطل الثلث لانه لابد من ابطال الفضل على الثلث وليس أحدهم بابطالها أولى من الآخر وقد استووا فى استحقاق الثلث فكذا فى ابطاله فينقص من وصية كل واحد منهما ثلثها ووجه ذلك ان ينظر الى مبلغ الوصايا والى ثلث ماله فان كانت الزيادة مقدار الثلث ينقص من نصيب كل واحد منهما الثلث وان كان نصفا النصف وتفسيره اذا أوصي لرجل بعبد قيمته ألف درهم ولآخر بثوب قيمته ثلثمائة درهم ولآخر بدار قيمتها مائتان فذلك كله ألف وخمسمائة وثلث ماله ألف فالزيادة مقدار الثلث فينقص من وصية كل واحد منهم مقدار الثلث فلصاحب العبد ثلثا العبد ولصاحب الدار ثلثا الدراهم ولصاحب الثوب ثلثا الثوب فاستقام الثلث والثلثان واذا أوصي لذوى قرابته بالثلث فان ذوى قرابته كل ذى رحم محرم منه * قال رضى الله عنه هنا خمسة ألفاظ اما ان يوصى لذوى قرابته أو لاقاربه أو لانسابه أو لارحامه أو لذوى أرحامه فأبو حنيفة يعتبر خمسة أشياء ذا رحم محرم واثنين فصاعدا ما سوى الوالد والولد ومن لا يرث والاقرب فالاقرب وفى قول أبى يوسف الاول يدخل فيها جميع ذوى رحم محرم منه الاقرب والابعد فى ذلك سواء ثم رجع فقال كل من يجمعه وأباه أقصى أب فى الاسلام ويدخل فى الوصية ذو الرحم وغير ذى الرحم المحرم كلهم سواء وهو قول محمد والاختلاف فى موضعين أحدهما أنه يصرف الى ذوى الرحم المحرم ولا يصرف الى غيرهم عند أبى حنيفة وعندهما ذو الرحم المحرم وغيره سواء والثانى انه يصرف الى الاقرب فالاقرب عنده وعندهما يستوى فيه الاقرب والابعد واتفقوا انه لا يدخل فيها الوصية لوارث لقوله عليه السلام لا وصية لوارث وكذلك يعتبر الاثنان بالاتفاق لان ذوي لفظ جمع وأقل الجمع اثنان فى الميراث (ألا ترى) ان الاخوين ينقلان الام من الثلث الى السدس فكذلك فى الوصية اذ هى أخت الميراث فلذلك لا يصرف الى الولد لانهما يسميان قرابة لقوله تعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين من بينهما فتبين ان الوالدين غير القرابة فاذا خرج الاب من أن يكون قريبا للابن خرج الابن من أن يكون قريبا للاب وهل يدخل فيها الجدود وولد الولد ففى الزيادات انه يدخل ولم يذكر فيه خلافا وروي الحسن عن أبى حنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخلان فى الوصية وكذا روى عن أبى يوسف لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد وانما اعتبر أبو حنيفة ذا الرحم المحرم لان الموصى قصد بالوصية صلة الرحم لانه مأمور بها قال الله تعالى ان الله يأمر بالعدل

والاحسان وايتاء ذى القربى وقال جل وعلا وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله فلما كان مأمورا بصلة القرابة وانما تجب الصلة ممن كان ذا رحم محرم منه فانصرفت الوصية اليه دون غيره لان القرابة المطلقة قرابة ذى الرحم المحرم لاختصاصها باحكام مخصوصة من عدم جواز المناكحة والعتق عند الملك وعدم الرجوع فى الهبة ووجوب النفقة عند العشرة فانصرفت الوصية اليه وانما اعتبر الاقرب فالاقرب لان كل من كان أقرب اليه فهو أشبه بهذا اللفظ فكان أولى كما فى العصبات وذوى الارحام فى الميراث والاقرب فى الشفعة . وجه قول أبى يوسف الاول انه ينصرف الى كل ذى رحم محرم منه الاقرب والابعد منه سواء لانهم فى استحقاق الاسم سواء (ألا ترى) انه لو أوصى لاخوته وله اخوة بعضهم لاب وأم وبعضهم لاب وبعضهم لام أنهم فى الوصية سواء ولا يعتبر الاقرب . وجه قوله الآخر وهو قول محمد انه يدخل فيه ذوو الرحم المحرم وغير ذى الرحم المحرم ويصرف الى كل من يجمعه وأباه أقصى أب فى الاسلام ان هذا اللفظ فى الابعدين أكثر استعمالا من الاقربين (ألا ترى) انه لا يقال للاخ أو العم هذا قريبى فيدخلون كلهم فى الوصية (ألا ترى) الى ماروى في الخبر لما نزل قوله تعالى وأنذر عشيرتك الاقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم أقرباءه سبعين نفسا وقال لهم انى نذير لكم بين يدى عذاب شديد وكان فيهم ذو رحم محرم وغيره فثبت ان كلهم فى الوصية سواء الا أنه لا يمكن أن يدخل فيه جميع أولاد آدم عليه السلام فيجعل الحد فيه من يجمعه واياهم أقصى أب فى الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بأهل الاسلام وكان قبل ذلك يعرف بقبائل الجاهلية وهما انما قالا ذلك فى زمانهما لان فى ذلك الوقت ربما يبلغ الى ثلاثة آباء أو أربعة آباء ولا يجاوز ذلك فتتبين أقرباؤه أما فى زماننا فلا يمكن أن يعتبر ذلك لان النسبة قد طالت فتقع الوصية لقوم مجهولين فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثة فعند أبى حنيفة الوصية للعمين دون الخالين لان العم أقرب من الخال لانه من قبل الاب بدليل الولاية وعندهما الثلث بينهم بالسوية ولو كان له عم واحد وخالان كان للعم النصف والنصف للخالين عنده لانه أوصى بلفظ الجمع وهو قوله ذوي وأقل الجمع فى الوصية اثنان ويصرف النصف الى الخالين لانهما يستحقان اسم القرابة فاذا خرج العم من الوسط صار كانه لم يترك الا الخالين قال محمد رحمه الله اذا أوصى بثلث ماله لقبيلة دخل الموالي فيه لانهم ينسبون الى تلك القبيلة وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال مولي القوم منهم هذا اذا كانوا يحصون

فان كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لان المقصود من هذه الوصية الصلة (ألا ترى) انه يستوى فيه الغني والفقير فاذا كانوا لا يحصون صاروا مجهولين فبطلت وجه الاحصاء ذكرناه فى الشرب والشفعة ولا خلاف فى المسئلة الا انه نص علي قول محمد وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أوصى لفقراء أهل بيته فلكل من ينسب الى أقصى جد فى الاسلام من قبل الرجال وكذا لمحتاجى أهل بيته أي اذا أوصى لاهل بيته فان كان الموصى من أولاد العباس فكل من كان نسبه الى العباس من قبل الاب دخل فيه سواء كان هو بنفسه ذكرا أو أنثى بعد أن يكونا منسوبين اليه من قبل الآباء ومن كان نسبه اليه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا يسمى من أهل بيته وانما يسمى من أهل بيت آخرين وكذلك الوصية لجنس فلان أو لمحتاجى جنسه لان الجنس وأهل البيت سواء وسواء كانوا يحصون أو لا يحصون لان هذا سبيل الصدقة لانه حصر الفقراء والمحتاجين وجهالة المتصدق عليه لا تمنع الصحة فان قابض الصدقة هو الله تعالى وهذا عندهم الا أن عند أبي حنيفة يعتبر الاقرب فالاقرب ولا يعطى غير ذي الرحم المحرم وعندهما تصرف الى الكل *ولو أوصي بثلث ماله لاخوته وله ستة اخوة متفرقين وله ولد يحوز ميراثه فالثلث بين اخوته سواء لان الاستحقاق بالاسم وهم فى استحقاق الاسم سواء بخلاف مالو أوصي لاقرباء فلان عند أبي حنيفة لانه يصح أن يقال هذا أقرب من فلان ولا يصح أن يقال هذا أكثر اخوة من فلان بل كلهم فى استحقاق الاسم سواء هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلا وصية للوارث وللأخوين لاب ثلث ذلك لانهما لا يرثان * فان قيل وجب ان يصرف جميع الثلث اليهما اذا لم تصح الوصية لهم كما لو أوصى لحى وميت * قلنا الاضافة كانت صحيحة الى الاخوين لاب وأمين ولاخوين لام (ألا ترى) انه لو أجازت الورثة جازت الا أنهم خرجوا بعد الدخول فى الوصية فلا يزداد حق الاخ لاب (ألا ترى) انه لو أوصي لثلاثة نفر فمات اثنان قبل موته كان للباقى ثلث الثلث لصحة الاضافة (ألا ترى) أنه لو قال الثلث الذى أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لوارثه فانه يكون رجوعا بخلاف مالو قال لفلان وفلان وأحدهما ميت لان الميت ليس بمحل بوجه ما فلا يدخل تحت اللفظ (ألا ترى) انه لو قال الثلث الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان الميت لا يكون رجوعا واذا أوصى بثلثه لبنى فلان فهذا لا يخلو اما أن يكون الاب هو قبيلة مثل تميم وكليب ووائل أو لا يكون قبيلة بل أب خاص فان كانت قبيلة خاصة دخل

فيه الذكور والاناث لان المراد النسبة والمرأة تقول أنا من بنى فلان كما يقول الرجل لانه لا حقيقة لهذه النسبة وانما ينسب اليها مجازا فيتناول جنس من ينسب اليها حقيقة كان أو مجازا (ألا ترى) أنه لو يدخل فيه الحليف والخليل واذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون فهى باطلة لان فى القبيلة أغنياء وفقراء والوصية للاغنياء صلة والصلة للمجهول باطلة أما اذا كان فلان أب صاب فان كانوا ذكورا دخلوا فى الوصية لان لفظ البنين للذكور حقيقة فينصرف اليه ما أمكن وان كنّ اناثا لا يدخل فيه ذكور واحدة منهن لان اللفظ لا يتناولهن وان كانوا ذكورا واناثا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف الوصية للذكور دون الاناث وعند محمد يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رواه يوسف بن خالد السمين لابي يوسف وأبي حنيفة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان البنين جمع لابن يقع علي الذكور لانه حقيقة (ألا ترى) أنهم لو كانوا كلهم اناثا لم يدخلوا فى الوصية ومحمد يقول البنين اذا ذكروا مطلقا يقع علي الذكور والاناث عند اشتراكهم قال الله تعالى يابنى آدم ولم يقصر اللفظ علي الذكر خاصة لان النسب الى الجد بمنزلة النسب الى الاب فى الحقيقة لان أكثر الناس ينسب الي الجد ليعرف دون الاب (ألا ترى) ان ابن أبي ليلي ينسب الى جده وكذلك أبو نصر بن سلامة ينسب الى جده لان سلامة جده لا أبوه واذا كان ينسب الي الجد صار الحكم أن الصلب والجد سواء ولو أوصى بثلثه لولد فلان وله بنون وبنات كان الثلث بينهم سواء لان الولد اسم لجنس المولود ذكرا كان أو أنثى واحدا كان أو أكثر ولو كانت له امرأة حامل دخل مافى بطنها فى الوصية لانه دخل تحت تسمية الولد (ألا ترى) أنه يرث فيدخل تحت الوصية أيضا فان كانت له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لان لفظ الولد يتناول ابنه حقيقة ويتناول أولاد الابن مجازا فما أمكن صرفه الى حقيقته لا يصرف الى مجازه ولا يدخل أولاد البنات لانهم من قوم آخرين وليسوا من أولاده لان النسب للآباء ولو كان له ولد واحد ذكر أو أنثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق للاسم على الحقيقة فلا يصرف الي مجازه والولد اسم جنس يتناول الواحد فصاعدا واذا أوصى لفخذ فلان أو لبطن فلان فالجواب فيه مثل الجواب فى قوله لقبيلة فلان يدخل فيه البنون والبنات وهذا اذا كانوا يحصون فأما اذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لانه للمجهول الا اذا قال لفقرائهم فحينئذ يجوز لان المقصود به التقرب الي الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع الي جميعهم لانه بمنزلة التسمية لهم وان كانوا

لايحصون يجوز أن يدفع الي بعضهم دون بعض غير أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز صرفه كله الى فقير واحد وعند محمد لايجوز الا أن يصرف الى اثنين لان الوصية أخت الميراث والجمع فى باب الميراث اثنان فصاعدا ولهما ان الفقر اسم جنس والجنس يتناول الواحد فصاعدا دل عليه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية ولو دفع الى فقير واحد جاز ولهذا لو قال ان تزوجت النساء فعبدي حر فتزوج امرأة واحدة يعتق * ولو أوصى بثلثه لفلان وفلان أو بني فلان وفلان ثم مات الموصي فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يموت أحدهما قبل موت الموصى أو بعد موته أو كان ميتا وقت الوصية أما اذا مات بعد موته فانه يكون الثلث بين الحي والميت نصفين ولان الموصى لما مات أولا فقد وجبت الوصية لهما فاذا مات أحدهما صار نصيبه لورثته وان مات أحدهما قبل موته صار نصف الثلث للحي ونصفه مردودا الى ورثة الموصي لانه مات قبل وجوب الوصية له لان الوصية تملك بعد الموت وقد مات قبل الملك وانما يكون للحي نصف الثلث لان الاضافة اليهما كانت صحيحة وكان لكل واحد منهما نصف الثلث فلا يزاد حقه بموت الآخر فكان لورثة الموصى وأما اذا كان أحدهما ميتا وقت الوصية فان كان الموصى قال بنى فلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شئ لورثة الميت لان كلمة بين كلمة تقسيم وتجزئة فصار كانه أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث واذا بطل نصيب الميت رجع الى ورثة الموصى ولا يكون للحي الا النصف ولو قال لفلان وفلان وأحدهما ميت فالوصية كلها للحي سواء علم بموته أو لم يعلم ويروى عن أبي يوسف أنه قال ان كان الموصى علم بموته فالثلث كله للحي وان لم يعلم فللحي نصفه لانه اذا لم يعلم بموته كان قصده تمليك نصف الثلث لكل واحد منهما فلا يثبت الا ذلك بخلاف ما اذا علم بموته لانه قصد صلة الحي منهما وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الوصية الي اثنين أحدهما تصلح الاضافة اليه والآخر لا تصلح فبطلت الاضافة الى من لا تصلح اليه الاضافة وتثبت الى من تصلح الاضافة اليه (ألا ترى) انه لو قال ثلث مالي لفلان ولهذه الاسراء ولهذه الاسطوانة كان الثلث كله لفلان ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه فالثلث كله لفلان لان الاضافة الى العقب فاسدة لان عقبه من يعقبه فاذا كان هو حيا لايكون له عقب واذا بطلت الاضافة الى العقب ثبت ثلث المال اليه ولو قال ثلث مالى لفلان وللمساكين كان نصفه لفلان ونصفه للمساكين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين بناء على ماذكرنا أن عنده

المساكين اسم جمع فيتناول الاثنين وعندهما اسم جنس فيقع على الادنى وكذا لو قال ثلث مالى لفلان وللحج كان نصفه لفلان ونصفه للحج لان الوصية للحج وصية لله تعالى فصار كانه أوصي لاثنين واذا قال حجوا عنى حجة وأعتقوا عنى نسمة ينفذ من الثلث لان الوصية نفاذها من الثلث فاذا كان لا يسعها ينظر ان كانت الحجة حجة الاسلام بدى بها وان أخره الميت لان حجة الاسلام أقوي من نسمة التطوع ويعلم أن اسقاط الفرض أهم اليه من غيره الا أنه أخره ليقبل قلبه وان كان حجه تطوعا وليس أحدهما باولى من الآخر فيبدأ بما بدأ به الميت لانه أهم عنده هذا اذا أوصى بعتق نسمة منه بغير عينها اما اذا كانت النسمة بعينها فانهما يتحاصان فى الثلث لان الوصية بالعتق وصية للعبد اذا كان معينا والوصية بالحج وصية لله تعالى فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين فيتحاصان بخلاف ما اذا كانت النسمة بغير عينها لانهما وصيتان لله تعالى واذا أوصى بالثلث لبنى فلان وهم أربعة فمات منهم اثنان وولد للاب ولد آخر ثم مات الوصي فالثلث لولده يوم يموت الموصى لان الوصية تمليك بعد الموت فانصرف الى الموجودين بعد الموت (ألا ترى) انه يعتبر ماله يوم الموت لا يوم الوصية وكذا لو قال ثلث مالي لموالي فلان وفلان العربى ثم مات منهم ميت وأعتق فلان منهم عبدا ثم مات الموصى فالثلث لمواليه يوم مات لما ذكرنا ولو كان لفلان موالى أعتقهم وموالى أعتقوه فان لم يكن من العرب ولم يبين لاى الفريقين أوصى فالوصية باطلة لان الموصي له مجهول لان المولى يذكر ويراد به المولى الاسفل ويذكر ويراد به الاعلى ولا يمكن الجمع بينهما لاختلاف المقصود لان المقصود من الوصية للاسفل زيادة انعام ومن الوصية للاعلى الشكر علي النعمة وهما متضادان لا يمكن الجمع بينهما وروى عن أبى حنيفة أن الثلث للمولى الاسفل لان قصده بالوصية البر والناس يقصدون بالبر المولى الاسفل دون الاعلى (ألا ترى) انه لو وقف على مواليه كان للاسفل دون الاعلى كذلك هنا وروى عنه أيضا ان الثلث بين الفريقين نصفان لان الاستحقاق بالاسم وهم فى استحقاقه سواء (ألا ترى) انه لو أوصى لاخوته وله أخ لاب وأم وأخ لاب وأخ لام ان الثلث بينهم لاستحقاق الاسم كذلك ها هنا ولو أوصى بثلث ماله لفلان وله مال فهلك ذلك المال أو لم يكن له مال ثم اكتسب مالا فله ثلث ماله يوم يموت لان الوصية تمليك عند الموت ولان الرجل لا يكون ماله أبدا على حالة واحدة فربما يستفيد وربما يهلك فلما أوصى بثلث ماله مرسلا ولم يقيده صار كانه قال لفلان ثلث مالي الذى

يكون وقت الموت (ألا ترى) أنه لو ربح فى المال ربحا أو زاد فى المال شيأ ان له ثلث جميع المال *ولو أوصى له بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فالوصية باطلة وكذا العروض كلها لان الوصية تعلقت به فالهلاك يبطلها وكذلك ان لم يكن موجودا فاستفاد لانه علقه بالعين وأنها غير موجودة وكذا لو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة اذا لم يكن له فى الاصل غنم ولا حنطة ومثله لو قال شاة من مالي أو قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فالوصية جائزة ويعطى له قيمة شاة لانه أضافها الى ماله فالمال اسم للجنس يتناول الدراهم والدنانير والعروض ونحوها والشاة ليست من أجزاء هذا المال فعلم أنه أراد قيمة شاة من ماله *ولو أوصي له بشاة ولم يقل من غنمي ولا من مالي فمات وليس له غنم لم تذكر فى هذا الكتاب وينبغى أن يعطى له شاة أو قيمة شاة وقد ذكر فى السير الكبير مسئلة تدل على هذه الحالة قال اذا قال الامام من قتل قتيلا فله جارية من السبي فان كان فى السبايا جارية فانه يعطى له وان لم يكن فانه لا يعطى له ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم يقل من السبي فانه يعطى جارية على كل حال كذلك هنا* ولو أوصى لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا فهذا لا يخلو اما أن يغيره عن جنسه أو يزيد فيه أو ينقصه أما اذا غيره عن جنسه كان رجوعا كما اذا أوصى له بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو أوصى له بقطن ثم غزله أو بغزل ثم نسجه أو بحديدة ثم صاغ منها اناء أو سيفا أو بفضة ثم صاغ منها خاتما أو غيره كان رجوعا لانه لما غيره عن حاله استدل به أنه أراد الرجوع اذا لو كان من قصده البقاء على الوصية لما كان يغيره عن حاله فالذى أوصي به لم يوجد والذى وجد لم يوص به لانه صار شيأ آخر وأما اذا زاد فيه فان كانت زيادة لها قيمة مثل الثوب اذا صبغه والسويق اذالته بالسمن أو أوصى له بدار وليس فيها بناء فبنى فيها كان ذلك رجوعا لان الموصي له لا يتوصل اليه الا ببذل وقد جعل وصيته بغير بذل فلما لم يتوصل اليه الا ببذل يستدل به أنه أبطل الوصية وأما اذا زاد شيأ يتوصل به اليه بغير بذل كما اذا أوصى بدار ثم جصصها أو طينها فذلك لا يكون رجوعا لان ذلك تحسين وتزيين ويتوصل اليه بغير بذل فلم يكن رجوعا وكان ذلك دليل البقاء على الوصية *وكذلك لو أوصى له بثوب ثم غسله لم يكن رجوعا لانه ليس بزيادة وانما ذلك لازالة الدرن والوسخ وأما اذا نقصه فان كان نقصانا يبقى الغير مع ذلك النقصان لا يكون رجوعا كما اذا أوصى له بثوب ثم قطعه ولم يخطه لان الشئ لم يتغير عن

حاله لكن انتقص وان كان لا يبقى مع ذلك النقصان كان رجوعا كما اذا أوصى له بشاة ثم ذبحها لان اللحم لا يبقى الي وقت الموت والانسان وان مرض مرضا شديدا فانه لا ينقضى أجله فلما كان عنده أن اللحم لا يبقى الى وقت موته فقد قصد الرجوع عن الوصية * ولو أوصي له بقطن ثم حشا به قباء أو ببطانة ثم بطن بها أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبا فذلك رجوع لان هذا يعد استهلاكا من طريق الحكم (ألا ترى) أن الغاصب لو فعل هذا انقطع حق المالك فالاستهلاك يدل علي الرجوع * ولو أوصى له بعبد أو بثوب ثم باعه ثم اشتراه فبيعه رجوع عن الوصية لانه لما باعه صار بحال لو أوصي به فى هذه الحالة لا يصح لانه وصية بملك الغير فكان بيعه دليلا على الرجوع * ولو أوصي لرجل بعبد لا يملكه ان يشترى له ثم تملكه الموصى بهبة أو ميراث أو وصية ثم مات فهو جائز من ثلثه لانه أوصي بشراء ذلك العبد وبدفعه الي فلان فاذا ملكه بوجه من أسباب الملك دفع بموته الشراء عن الورثة وليس هذا كما اذا قال أوصيت بهذا العبد لفلان والعبد لغيره ثم ملكه أنه لا تنفذ وصيته لانه لو لم يشتر فى تلك المسئلة لا يجب على الورثة شراؤه فان ذلك بمنزلة هبة عبد الغير ان أجاز صاحبه جازوا لا فلا أما فى مسئلتنا فلو لم يشتر بنفسه يجب على الورثة شراؤه ان قدروا عليه ودفعه اليه فلما اشترى بنفسه أو ملكه بوجه آخر وجب عليهم نصفين لانه أوصى لكل واحد منهما بجميع العبد الا انه لما تضايق عن حقهما يقضى بينهما لاستوائهما هذا كدار بيعت ولها شفيعان ثبت حق الشفعة لكل واحد منهما علي الكمال الا انه يقضي بينهما لضيق المحل كذلك هنا قال فى الاصل انه متى سمى الوصية الاولى وأوصى بها للثانى كان رجوعا عن الوصية الاولى ومتى سمى الوصية به ولم يسم الوصية الاولي لم يكن رجوعا وكان ذلك بينهما * وبيانه اذا أوصى بعبده لرجل ثم قال العبد الذى أوصيت به لفلان أوصيت به لفلان آخر كان رجوعا لانه سمي الوصية الاولي واستأنف الوصية للثانى فكان رجوعا واستئنافا للوصية للثاني وكذلك لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو لفلان آخر وكذا لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان آخر لانه سمي الوصية الاولى واستأنف الوصية للثانى بحرف قد لانه للايقاع والابلاغ فى الاستئناف فكان رجوعا وكذا لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان آخر ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان وقد أوصيت به لفلان كان بينهما نصفين ولم يكن رجوعا لان الواو للعطف والجمع فقد جمع بينهما فى الوصية ولم يستأنف الوصية للثانى أما اذا سمي الموصى

به ولم يسم الوصية الاولي لم يكن رجوعا ولكن كان بينهما كما اذا أوصى بعبده لرجل ثم أوصي به لآخر لما ذكرنا ولو لم يوص به لاحد ولكنه جحد وصية الاول وقال لم أوص له فهذا رجوع هكذا ذكر هنا وذكر في الجامع اذا قال اشهدوا أني لم أوص له لا يكون رجوعا وهذه المسئلة علي قياس تلك المسئلة ينبغي أن لا يكون رجوعا وبعضهم فرق لاختلاف الوضع أما من جعل فى المسئلة روايتين فوجه من قال انه رجوع أن الوصية تحتمل الرد والنقص فكان الجحود رجوعا كما اذا جحد الموكل الوكالة كان حجرا علي الوكيل والمتبايعين اذا جحدا البيع كان اقالة منهما ووجه الرواية التي لا تكون رجوعا أن الوصية وجوبها بالموت بدليل انه يعتبر القبول والرد بعد الوفاة فاذا قال لم أوص له بشئ فهو صادق فى مقالته على معنى انه لم يوجب له الوصية بعد فلا يكون رجوعا ومن فرق لاختلاف الوضع قال هنا جحد الوصية فكان رجوعا وفى الجامع لم يجحد ولكن قال اشهدوا انى لم أوص له بشئ فقد أمر الشهود أن يكذبوا عليه فلا يكون رجوعا والاصح ماذكره المعلى فى نوادره أن على قول أبي يوسف الجحود يكون رجوعا عن الوصية وعلى قول محمد لا يكون رجوعا فما ذكر هنا قول أبي يوسف وما ذكر فى الجامع قول محمد. وجه قوله أن الرجوع فسخ ورفع للعقد الثابت وجحود أصل العقد لا يكون تصرفا فيه بالرفع كما ان جحود النكاح من الزوج لا يكون رفعا له بالطلاق. وجه قول أبي يوسف انه بالجحود ينفي العقد فى الماضي ومن ضرورته نفي العقد فى الحال والثابت بضرورة النص كالثابت بالنص وهو يملك نفي العقد فى الحال ان كان لا يملك نفيه فى الماضى وبه فارق النكاح لان نفي النكاح من الاصل يقتضي نفي وقوع الطلاق عن المحل الا انه يقتضى ايقاع الطلاق علي المحل فى الحال *

ولو أوصي له بثلث غنمه أو ابله أو طعامه أو شئ مما يكال أو يوزن من صنف واحد فاستحق الثلثان من ذلك أو هلك وبقى الثلث وله مال كثير يخرج الباقي من ثلثه فللموصي له جميع مابقي وقال زفر فى الاستحقاق كذلك وفى الهلاك للموصى له ثلث مابقي لانه بالاستحقاق تبين أنه عند الوصية ما كان يملك الا الثلث وأن تصرفه تناول ذلك الثلث لان وصيته بالعين لا تصح الا باعتبار ملكه فى المحل فأما بالهلاك فلا يتبين ان الهالك لم يكن علي ملكه وقت الايجاب وانما وجب له الثلث شائعا فما هلك يهلك علي الشركة ومالم يبق يبقى على الشركة ولكنا نقول ان تنفيذ الوصية بعد الموت وعند ذلك محل الوصية هو الباقى فى الفصلين

جميعا فيستحق جميع ما بقي وهذا لان الموصي جعل حاجته في هذه العين مقدمة على حق ورثته بقدر ما سمى للموصي له فكان حق الورثة فيه كالتبع وانما يجعل الهالك من التبع لا من الاصل وهذا بخلاف ما اذا أوصي له بثلث ثلاثة أجناس من المال فاستحق جنسان أو هلك جنسان قبل موت الموصى فان للموصى له ثلث ما بقي لان هناك الموصى له لا يستحق جميع ما بقي بما أوجبه له بحال (ألا ترى) انه لو بقيت الاجناس لم يكن له أن يجبر الورثة على أن يقسم الكل قسمة واحدة فيعطونه أحد الاجناس وفى الجنس الواحد هو مستحق لجميع ما بقى بما أوجبه حتى اذا لم يهلك منه شئ كان له أن يجبر الورثة على القسمة ليأخذ الثلث والباقى هو الثلث * ولو أوصي له بثلث ثلاثة وبثلاثة من الرقيق واستحق البعض أو هلك لم يكن للموصى له الا ثلث الباقى ومن أصحابنا من يقول هو عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى قسمة الجبر فى الدور والرقيق فهي عنده كالاجناس المختلفة فاما عندهما فينبغي أن يكون للموصى له جميع ما بقى لانها بمنزلة جنس واحد عندهما فى أنها تقسم قسمة واحدة والاصح قولهم جميعا لانهما لا يقولان بقسمة الجبر فى الدور الا أن يرى القاضى المصلحة فى ذلك فلا يكون الموصى له مستحقا للدار الباقية بما أوجب له الموصى وكذلك لا يريان قسمة الجبر فى الرقيق الا عند التساوي فى المالية ولا يكون ذلك الا نادرا فالتفاوت فى بنى آدم كثير فى الظاهر فلهذا لا يكون للموصى له الا ثلث ما بقي ولو أوصى لرجل بعبد قيمته خمسمائة ولآخر بثوب قيمته مائة ولآخر بسيف قيمته مائتان وله سوى ذلك ألف درهم أو عروض بقيمة ألف فان الورثة ان لم يجيزوا فلكل واحد منهم ثلاثة ارباع وصيته لان مبلغ الوصايا ثمانمائة درهم وثلث مال الرجل ستمائة فكان الثلث من مبلغ الوصايا بقدر ثلاثة ارباعه فعند عدم الاجازة يبطل من وصية كل واحد منهم الربع فيسلم لصاحب العبد ثلاثة ارباع العبد وقيمته ثلثمائة وخمسة وسبعون ولصاحب الثوب ثلاثة ارباع الثوب وقيمته خمسة وسبعون ولصاحب السيف ثلاثة أرباع السيف وقيمته مائة وخمسون لجملة ما نفذت فيه الوصية ستمائة وحصل للورثة ألف درهم وربع العبد قيمته مائة وخمسة وعشرون وربع الثوب قيمته خمسون ذلك ألف ومائتان فاستقام الثلث والثلثان *ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة ولآخر بسدس ماله وله خمسمائة درهم سوى السيف كان لصاحب السيف أحد عشر سهما من اثنى عشر سهما من السيف فى قول أبي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع فى السيف وصيتان وصية بجميعه ووصية بسدسه والقسمة فى هذا عند أبي حنيفة

على طريق المنازعة نخمسة أسداس السيف تسلم لصاحب السيف بلا منازعة وقد استوت منازعتهما فى السدس فكان بينهما نصفين وتبين أن سهام السيف صارت على اثنى عشر لحاجتنا الى سدس ينقسم نصفين وقيمة السيف مائة فكل مائة من الخمسمائة يكون على اثنى عشر أيضا فذلك ستون سهما للموصى له بالسدس سدس ذلك لانه أوصى له بسدس ماله فيستحق به السدس من كل مال وذلك عشرة فتبين أن للموصى له بالسدس أحدعشر سهما عشرة من الخمسمائة وسهم من السيف ولصاحب السيف أحد عشر فقد بلغت سهام الوصايا اثنين وعشرين وذلك دون الثلث لان سهام المال اثنان وسبعون والسالم للورثة خمسون فكان التخريج مستقيما وفى قول أبى حنيفة ومحمد قسمة السيف بين الموصى لهما على طريق العول فيضرب فيه صاحب السيف بستة وصاحب السدس بسهم فيكون السيف بينهما على سبعة أسهم والخمسمائة الأخرى تجعل كل مائة على سبعة أيضا فذلك خمسة وثلاثون للموصى له بالسدس سدس ذلك وذلك خمسة وخمسة أسداس سهم فقد نفذت الوصية له فى هذا القدر من الخمسمائة وفى سهم من السيف وذلك ستة وخمسة أسداس ولصاحب السيف ستة من السيف كلها فذلك اثنا عشر وخمسة اسداس وجملة سهام المال اثنان وأربعون فكانت الوصية بأقل من الثلث فلا حاجة الى اجازة الورثة ولو كان أوصى مع هذا أيضا بالثلث كان الثلث بينهم يضرب فيه صاحب السدس بسدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السدس بثلث خمسمائة وخمسة أسداس سدس السيف وصاحب السيف بخمسة اسداس السيف الا سدس سدس السيف فما أصاب صاحب السيف كان فى السيف وما أصاب صاحب الثلث كان فى الدراهم وفيما بقي من السيف وكذلك ما أصاب صاحب السدس فى قياس قول أبى حنيفة وهذا لانه اجتمع فى السيف ثلاث وصايا وصية بجميعه ووصية بثلثه ووصية بسدسه فتكون القسمة على طريق المنازعة وفى الحاصل تصير سهام السيف على ستة وثلاثين لحاجتنا الى سدس ينقسم أثلاثا فلصاحب الجميع ثلثاه بلا منازعة أربعة وعشرون وسدس وهو ستة لامنازعة فيه لصاحب السدس فهو بين صاحب الثلث والجميع نصفان لكل واحد منهما ثلاثة وقد استوت منازعتهم في السدس فيكون بينهم ستين أثلاثا لكل واحد منهما سهمان فحصل للموصى له بالسيف بلا منازعة أربعة وعشرون وبالمنازعة خمسة فذلك تسعة وعشرون وهو خمسة أسداس السيف الا سدس سدسه لان كل سدس منه ستة وحصل لصاحب الثلث بالمنازعتين

خمسة وذلك خمسة أسداس سدس السيف وحصل لصاحب السدس سهمان وهو ثلث سدس السيف كما قال فى الكتاب ثم المال الآخر وهو خمسمائة تجعل كل مائة منه على ستة وثلاثين فيصير جملته مائة وثمانين للموصى له بالثلث ثلث ذلك وهو ستون وللموصى له بالسدس سدس ذلك ثلاثون فكان لهما تسعون وظهر ان مبلغ سهام الوصايا مائة وستة وعشرون وهو أكثر من الثلث فالسبيل فيه أن يجعل ثلث المال بينهم على هذه السهام والثلثان ضعف ذلك فجملة المال ثلثمائة وثمانية وسبعون السيف من ذلك سدسه وذلك ثلاثة وستون يأخذ صاحب السيف من ذلك تسعة وعشرين مقدار حقه وصاحب الثلث خمسة وصاحب السدس سهمين ويبقى للورثة من السيف سبعة وعشرون ثم يأخذ صاحب الثلث من سهام الخمسمائة مقدار حقه ستين وصاحب السدس ثلاثين فجملة ما نفذت فيه الوصية لهم مائة وستة وعشرون وحصل للورثة ضعف ذلك مائتان واثنان وخمسون مائتان وخمسة وعشرون من الخمسمائة وسبعة وعشرون من سهام السيف فاستقام الثلث والثلثان ولم يذكر تخريج قولهما فى الكتاب وعندهما القسمة على طريق العول فيضرب صاحب السيف فى السيف بستة وصاحب الثلث بسهمين وصاحب السدس بسهم فكان السيف بينهم على تسعة وكل مائة من الخمسمائة الباقية تكون على تسعة أيضا فذلك خمسة وأربعون للموصى له بالثلث ثلث ذلك خمسة عشر وللموصى له بالسدس سدس ذلك سبعة ونصف فكان جملة سهام الوصايا احد وثلاثون ونصف وذلك فوق الثلث فيجعل الثلث بينهم على احد وثلاثين ونصف والثلثان ضعف ذلك فيكون جملته أربعة وتسعين ونصف السيف من ذلك السدس وذلك خمسة عشر وثلاثة أرباع للموصى له بالسيف ستة كله من السيف وللموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالسدس سهم وبقي للورثة من سهام السيف ستة وثلاثة أرباع يأخذ الموصي له بالثلث مما بقي خمسة عشر والموصى له بالسدس سبعة ونصف فاذا جمعت بين ذلك حصل تنفيذ الوصية لهم فى احد وثلاثين ونصف وحصل للورثة ضعف ذلك ثلاثة وستون فاستقام الثلث والثلثان فاذا أردت ازالة الكسر فلا طريق فيه سوى التضعيف *قال رحمه الله وقد خرج شيخنا الامام الحلوانى رحمه الله قولهما علي طريق آخر وهو أن السيف لما صار بين الموصي لهم على تسعة باعتبار العول فكل مائة من الخمسمائة الباقية تكون على ستة لانه لا عول فى الخمسمائة الباقية فسهام الخمسمائة الباقية اذن ثلاثون للموصى له بالثلث عشرة وللموصي له

بالسدس خمسة فذلك خمسة عشر فاذا ضممت ذلك الي سهام السيف تسعة كان أربعة وعشرين
فيجعل الثلث بينهم على أربعة وعشرين وجميع المال اثنان وسبعون السيف من ذلك اثنا عشر
لصاحب السيف ستة ولصاحب الثلث منه سهمان ولصاحب السدس منه سهم يبقي ثلاثة من
تسعة للورثة وسهام الخمسمائة ستون للموصي له بالثلث عشرة وللموصى له بالسدس خمسة يبقى
للورثة من ذلك خمسة وأربعون لجملة ما سلم للورثة من المال ثمانية وأربعون وقد نفذت
الوصية فى أربعة وعشرين فاستقام الثلث * قلت هذا واضح ولكنه غير مستقيم على طريق
أهل الحساب لان القسمة الواحدة مع تفاوت مقدار السهام لا تكون فاذا كان السيف
وقيمته مائة على تسعة أسهم ثم تجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة أسهم بين السهام تفاوت فى
المقدار فكيف تستقيم قسمة الكل بينهم بهذا الطريق قال هو كذلك ولكن صاحب
المذهب نص على هذا الطريق وعليه خرج المسائل الى آخر الباب تأمل فى ذلك تأملته
فوجدته كما قال ومن تلك المسائل قال لو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بعبد قيمته الف درهم
وله ألفا درهم سوى ذلك فان صاحب الثلث يضرب فيه بثلث الالفين وسدس العبد ويضرب
صاحب العبد بخمسة أسداس العبد فما أصاب صاحب العبد فهو في العبد وهو النصف وما
أصاب الثلث فهو فيما بقى من العبد والمال فيكون له خمس مابقى من العبد وخمس المال فى قول
أبى حنيفة لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه وبثلثه فيسلم ثلثاه لصاحب الجميع بلا
منازعة والثلث بينهما نصفان لاستواء منازعتهما فيه واذا صار العبد علي ستة فكل ألف من
الالفين كذلك فهما اثنا عشر للموصي له بالثلث أربعة فبلغت سهام الوصايا عشرة فيجعل
ذلك ثلث المال وجميع المال ثلاثون العبد من ذلك عشرة هو للموصي له بالعبد خمسة وهي نصف
العبد وللموصى له بالثلث خمسة أسهم سهم من العبد وهو خمس مابقى منه وأربعة أسهم من
سهام الالفين وذلك خمس العشرين وحصل للورثة من الالفين ستة عشر سهما ومن العبد
أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان وفى قول أبى حنيفه ومحمد يكون لصاحب الثلث مابقى من
العبد وهو سدس العبد وسدس الالفين وانما يستقيم هذا الجواب عندهما علي الطريق الثانى
لان الموصى له بالعبد يضرب فى العبد بستة والموصى له بالثلث من ذلك بسهمين فسهام العبد
ثمانية وكل واحد من الالفين على ستة باعتبار الاصل للموصى له بالثلث من ذلك أربعة
فبلغت سهام الوصايا اثنى عشر وذلك الثلث وجميع المال ستة وثلاثون العبد منه اثنا عشر

للموصي له بالعبد ستة نصف العبد وللموصى له بالثلث من العبد سهمان وهو ثلث ما بقى منه وسدس جميع العبد وله من الالفين أربعة من أربعة وعشرين وهو السدس فاستقام التخريج على هذا الطريق ثم قال فى الاصل فأى هذين القولين قلت فهو حسن وهو اشارة الى أن بين الطريقين فى المعنى تفاوتا وبهذا اللفظ يستدل من يزعم أن مذهب المتقدمين من أصحابنا ان كل مجتهد مصيب وليس كما زعموا لانه أراد به أن كل واحد من الطريقين طريق حسن فى التخريج عند أهل الحساب لا أن يكون كل واحد من المجتهدين مصيبا للحكم باجتهاده حقيقة ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبجميع المال لآخر فان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بينا هذا وان أجازوا فجميع المال بينهما اسداسا فى قول أبى حنيفة على مارواه أبو يوسف ومحمد باعتبار طريق المنازعة لانه يسلم الثلثان لصاحب الجميع وقد استوت منازعتهما فى الثلث فكان بينهما نصفين فحصل لصاحب الجميع خمسة أسداس المال ولصاحب الثلث سدس المال وعندهما القسمة بطريق العول فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال ولصاحب الثلث ربع المال قال الحسن وهو الصحيح عند أبى حنيفة أيضا على طريق المنازعة لا كما روى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يبدأ بقسمة الثلث بينهما وقد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفين ثم يأتى الى الثلاثين وقد بقي من حق صاحب الثلث السدس فما زاد على ذلك وهو نصف المال يسلم لصاحب الجميع وفى مقدار السدس استوت منازعتهما فكان بينهما نصفين فحصل لصاحب الثلث مرة السدس ومرة نصف السدس فذلك ربع المال والدليل على فساد ماذهب اليه من تخريج قوله انه يؤدى ذلك الى أن يكون ما يسلم للموصى له بالثلث عند الاجازة وعدم الاجازة سواء والاجازة كما تؤثر فى الزيادة فى حق صاحب الجميع فكذلك فى حق صاحب الثلث ويؤدى ذلك أيضا الى أن يكون نصيب صاحب القليل عند عدم الاجازة فوق نصيبه عند الاجازة لانه اذا أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بسدس ماله فعند عدم الاجازة الثلث يكون بينهما أثلاثا فيصيب صاحب الثلث تسع المال وعند وجود الاجازة يأخذ صاحب الجميع خمسة أسداس المال بلا منازعة ثم السدس بينهما نصفان فنصيبه نصف سدس المال وذلك دون تسع المال ومن المحال أن يسلم له عند عدم الاجازة أكثر مما يسلم له عند الاجازة فظهر أن تخريج الحسن لقول أبى حنيفة رحمه الله أصح * ولو أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بجميع ماله ولآخر بثلث ماله فأجاز ذلك

الورثة فالنصف لصاحب الجميع وصاحب النصف نصفان والثلث بينهم أثلاثا فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد القسمة على طريق العول بينهم على أحد عشر سهما لصاحب الجميع ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وهو قياس ما تقدم *ولو كان له عبدان قيمتهما سواء ولا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث ثلاثة فى العبدين جميعا اثنان فى الذى لا وصية فيه للآخر وواحد فى الذى فيه الوصية للآخر ولصاحب العبد أربعة أسهم فى قول أبى حنيفة لانه اجتمع في العبد الموصى بعينه وصيتان بجميعه وبثلثه فللموصى له بالجميع خمسة اسداس على طريق المنازعة وللموصى له بالثلث سدسه والعبد الآخر يصير على ستة أيضا للموصي له بالثلث منه سهمان فكان جملة سهام الوصايا ثمانية الا أن وصية الموصي له بالعبد زادت على الثلث لان جميع المال اثنا عشر والثلث منه أربعة ووصيته خمسة فما زاد على الثلث تبطل وصيته فيه عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا كما هو أصل أبى حنيفة فى الوصية بالعين فيبقى حقه فى أربعة وحق صاحب الثلث فى ثلاثة سهم منه فى العبد الموصى بعينه وسهمان فى العبد الآخر فلهذا قال يقسم الثلث بينهما على سبعة وعلى قول أبى يوسف ومحمد الثلث بينهما على خمسة أسهم وهذا انما يستقيم على الطريقة الثانية لهما فان العبد الموصى بعينه يضرب الموصى له بجميعه بثلاثة فيه والموصي له بالثلث بسهم فيكون بينهما على أربعة والعبد الآخر على ثلاثة أسهم لانه لاعول فيه للموصى له بالثلث سهم فحصل له سهمان فى العبدين ولصاحبه ثلاثة كلها فى العبد الموصى بعينه فلهذا كان الثلث بينهما على خمسة أسهم * ولو أوصى لرجل بعبد وبثلث ماله لآخر وبعبده ذلك أيضا لآخر وبسدس ماله لآخر وقيمة العبد ألف درهم وله ألفان سوى ذلك فان الثلث يقسم بينهم على اثنين وسبعين سهما يضرب فيه صاحبا العبد بأحد وثلاثين سهما وصاحب الثلث بسبعة وعشرين ونصف وصاحب الثلث بثلاثة عشر ونصف فى قول أبى حنيفة لانه اجتمع فى العبد أربع وصايا والقسمة عنده على طريق المنازعة فيه فثلثا العبد بين صاحبي العبد نصفان وسدس بينهما وبين صاحب الثلث أثلاثا والسدس الباقى بينهما أرباعا فعند تصحيح هذه السهام ينتهى الحساب الى اثنين وسبعين سهما لحاجتنا الى حساب ينقسم سدسه أثلاثا وأرباعا فيسلم للموصى لهما بالعبد الثلثان ثمانية وأربعون والسدس وهو اثنا عشر بينهما وبين صاحب الثلث أثلاثا والسدس الآخر بينهم أرباعا لكل واحد منهم ثلاثة يحصل لكل

واحد من صاحبي العبد أحد وثلاثون ولصاحب الثلث سبعة ولصاحب السدس ثلاثة ثم صار كل ألف من الالفين على اثنين وسبعين فالالفان مائة وأربعة وأربعون سهما لصاحب الثلث من ذلك الثلث ثمانية وأربعون ولصاحب السدس أربعة وعشرون فاذا جمعت ذلك كله بلغت سهام الوصايا مائة وأربعة وأربعين فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك فجملة المال أربعمائة واثنان وثلاثون العبد من ذلك مائة وأربعة وأربعون لكل واحد من صاحبي العبد من ذلك مقدار حقه واحد وثلاثون كلها في العبد ولصاحب الثلث من العبد سبعة ومن الالفين ثمانية وأربعون فذلك خمسة وخمسون ولصاحب السدس من العبد ثلاثة ومن الالف أربعة وعشرون وذلك سبعة وعشرون * وفي الكتاب خرجه على النصف من ذلك لانه جوز الكسر بالانصاف وجعل الثلث اثنين وسبعين وحصل لصاحبي العبد أحد وثلاثون لكل واحد منهما خمسة عشر ونصف ولصاحب الثلث سبعة وعشرون ونصف ولصاحب السدس ثلاثة عشر ونصف فاستقام التخريج علي ماقلنا * وفي قول أبي يوسف ومحمد الثلث بينهم على أحد وعشرين سهما لان العبد الموصي بعينه يضرب كل واحد منهما فيه بسهام جميعه ستة والموصى له بالثلث يضرب فيه بسهمين والموصي له بالسدس يضرب فيه بسهم فيكون بينهم على خمسة عشر وكل واحد من الالفين يكون علي ستة باعتبار الاصل فللموصى له من الالفين الثلث أربعة من اثني عشر وللموصى له بالسدس سهمان وان ضمنا هذه الستة الى سهام العبد خمسة عشر كان الكل أحدا وعشرين فلهذا كان الثلث بينهم على أحد وعشرين * ولو أوصي لرجل بعبده ولآخر بنصفه ولآخر بثلث ماله والعبد يساوي ألفا وله ألفان سوى ذلك ولم يجيزوا قسم الثلث بينهم على ثلاثين سهما لصاحب العبد اثنا عشر ونصف في العبد ولصاحب النصف ثلاثة ونصف فيه ولصاحب الثلث أربعة عشر فيما بقي من العبد والمال في قول أبي حنيفة لان نصف العبد يسلم لصاحب العبد بلا منازعة والسدس بينه وبين صاحب النصف نصفان والثلث بينهم أثلاثا فبلغت سهام العبد ستة وثلاثين للموصى له بالعبد مرة ثمانية عشر ومرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك خمسة وعشرون وللموصى له بالنصف مرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك سبعة وللموصى له بالثلث أربعة ثم كل ألف من الالفين يصير علي ستة وثلاثين أيضا فسهام الالفين اثنان وسبعون ولصاحب الثلث ثلث ذلك وهو أربعة وعشرون فبلغت سهام الوصايا ستين فيجعل الثلث بينهم على ذلك والثلثان ضعف ذلك وجملة المال مائة وثمانون * وفي الكتاب خرجه على

النصف من ذلك فقال يقسم الثلث بينهم على ثلاثين لصاحب العبد اثنا عشر ونصف ماأعطيناه وهو خمسة وعشرون ولصاحب النصف ثلاثة ونصف نصف ماجعلناه له وهو سبعة كلها فى العبد ولصاحب الثلث أربعة عشر نصف ما أعطيناه وهو ثمانية وعشرون وهذه الاربعة عشر له فيما بقي من العبد والمال سدس ذلك فى العبد والباقى فى المال *قال عيسى رحمه الله هذان الحرفان الاخيران خطأ وانما ينبغى أن يجمع مابقى من العبد والمال فيقسم ذلك بين الموصي له بالثلث والورثة على أربعة وسبعين سهما فما أصاب أربعة عشر ذلك فهو للموصي له بالثلث وما أصاب ستين سهما فهو للورثة لان الموصى له بالثلث شريك الورثة فى التركة فيضرب هو فيما بقي من التركة بسهام حقه والورثة بسهام حقهم وان اعتبرنا الاصل فينبغى أن يكون للموصى له بالثلث مما بقى من العبد سبع حقه لاسدسه لانه كان له من العبد سهمان ومن الالفين اثنا عشر فاذا جمعت الكل كان ماله من العبد سبع حقه *ولوأوصى لرجل بعبدقيمته أكثر من الثلث ولآخر بعبدقيمته أقل من الثلث ضرب صاحب الاقل بقيمة عبده وضرب الآخر بمقدار الثلث من قيمة عبده فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يضرب كل واحد منهما بجميع قيمة عبده وهو بناء على اختلافهم فى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة فى حق الضرب * ولو أوصى لرجل بمائة درهم بعينها ثم وهبها لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها ومات فالوصية باطلة لانها تعلقت بعين المائة وقدأخرجها عن ملكه بالهبة والتسليم فصار به راجعا والوصية متى بطلت بالرجوع لاتعود الا بالتجديد ولو كان غصبهاغاصب ثم رجعت اليه بعينها لم تبطل الوصية لانها باقية على ملك الموصى وان كانت في يد الغاصب واستهلكها الغاصب فقضي عليه بمثلها بطلت الوصية لانها كانت مقصورة علي العين فلا يجوز تنفيذها من محل آخر بخلاف ماذا استهلكها مستهلك بعد موت الموصى لان حق الموصى له تأكدفيها بالموت فيثبت فى بدلها وما كان حقه متأكدا فيها قبل موته يبطل بفوات العين ولا يتحول الى البدل كالموهوب قبل التسليم اذا أتلفه انسان يبطل حق الموهوب له فيه بخلاف مابعد التسليم ولو كان اشترى بها عبدا فاستحق العبد ورجعت اليه المائة بعينها فالوصية باطلة لانها خرجت عن ملكه فان بدل المستحق مملوك بالقبض فصارت المائة مملوكة لبائع العبد وان استحق العبد ولهذا كان عينا بعدتصرفه فيه بعد الاستحقاق والوصية بعد ما بطلت لاتعود الا بالتجديد والله تعالى أعلم بالصواب

باب الوصية فى الحج

(قال رحمه الله) واذا أوصى الرجل أن يحج عنه بمائة درهم وثلثه أقل من مائة فانه يحج عنه بالثلث من حيث يبلغ لان محل الوصية الثلث وللموصى له الوارث المنفعة وهو قصد بهذه الوصية صرف المائة من ماله الى هذا النوع من القربة فيجب تحصيل مقصوده بحسب الامكان كما لو أوصى أن يتصدق بمائة من ماله وثلثه أقل من مائة يتصدق عنه بقدر الثلث* ولو أوصى أن يحج عنه حجة بمائة درهم وهى ثلثه فاحج الوصى بها فبقى من نفقة الحاج وكسوته واطعامه شئ كان ذلك لورثة الميت لان الحاج عن الغير له أن ينفق على نفسه من ماله فى الذهاب والرجوع ولا حق له فيما يفضل من ذلك على ما بينا فى المناسك ان الاستئجار على الحج لا يجوز فما يفضل بعد رجوعه فهو من مال الميت وقد فرغ عن وصيته فيكون لورثته فان جامع ففسد حجه فعليه الكفارة ورد ما بقى من النفقة والكسوة ويضمن ما أنفق لانه أذن له فى الانفاق بشرط أن يؤدى بسفره حجة صحيحة وقد فوت هذا الشرط بالافساد فعليه رد ما بقى وهو ضامن لما انفق لانه تبين انه انفق بغير رضى الموصى ثم ذكر ما لو اعتمر قبل الحج أو قرن أو اعتمر عن آخر وقد تقدم بيان هذه الفصول فى المناسك ولو استأجر وارجلا ليحج عنه فحج كان عليه أن يرد مايفضل فى يده من النفقة لان الاستئجار لم يصادف محله فكان باطلا ومتى بطلت الاجارة بقى مجرد الاذن كما فى استئجار النخيل لترك الثمار عليها الى وقت الادراك فعليه أن يرد ما فضل فى يده وليس عليه شئ مما أنفق لانه أنفق باذن صحيح وان عجزت النفقة عنه كان عليهم أن يكملوا له نفقة مثله وما لا بد منه له وتجزى الحجة عن الميت بمنزلة ما لو أمروه بان يحج عن الميت من غير استئجار* واذا أوصى أن يحج عنه فالافضل أن يحج من قد حج لانه أقدر على أداء الافعال وأبصر بذلك وهو أبعد عن خلاف العلماء واشتباه الآثار وان حج عنه صرورة جاز عندنا خلافا للشافعى وقد بيناه فى المناسك وان أحجوا عنه امرأة فانه يجزيهم ذلك لان الخثعمية حين استأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أن تحج عن أبيها أذن لها فى ذلك واستحسن ذلك منها فدل على أنه يجوز احجاج المرأة عن الرجل وقد أساؤا فى ذلك لنقصان حال النساء فى باب الاحرام حتى أن المرأة تلبس المخيط فى احرامها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل فى الطواف ولا تسعى فى بطن الوادى وتترك طواف الصدر بعذر الحيض ولا ضرورة لهم فى احجاجها عن الميت لان فيمن يحج عن الرجال كثرة وان كانت المرأة هى الموصية فأحجوا عنها رجلا أجزأها لان

الظاهر أن ذلك مجزئ كان مقصودها أولم يكن مقصودها واذا أوصى بالحج فانه يحج عنه من بلده لانه لو عزم على الخروج بنفسه للحج كان يخرج من بلده ويتجهز لسفر الحج من بلده فكذلك اذا أوصى به بعد موته فالظاهر ان مقصوده تجهيز من يحج عنه من بلده وان مات في الطريق فان كان خرج للتجارة فانه يحج عنه من بلده أيضا وان خرج هو يريد الحج فمات في الطريق يحج عنه من حيث مات وفي الجامع ذكر القياس والاستحسان في المسئلة ففي القياس يحج عنه من بلده وفي الاستحسان وهو قولهما يحج عنه من حيث مات . وجه الاستحسان أنه باشر بعض العمل بنفسه ولم ينقطع ذلك بموته فيبنى عليه كما اذا وصى باتمامه وبيان هذا أن خروجه علي قصد الحج قربة وطاعة قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره علي الله الآية ولم ينقطع ذلك بموته لما روى ان النبي عليه السلام قال من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة وهذا بخلاف ما اذا خرج للتجارة فان سفره ذلك ليس لاداء الحج فلا يصير به مؤديا شيأ من الاعمال وبخلاف ما اذا مات بعد ما أحرم لان احرامه انقطع بالموت ولهذا يخمر وجهه ورأسه ولا يمكن البناء علي المنقطع * يوضحه ان في اعتبار هذا الطريق تحصيل مقصوده وفي الاخذ بالقياس تفويت مقصوده لان الذي يحج عنه من بلده ربما يموت فيحتاج الى أن يحج آخر من بلده أيضا حتى يفنى في ذلك ماله قبل أن يحصل مقصوده . وجه قول أبي حنيفة ان عمله قد انقطع بموته ولا بناء على المنقطع كما لو أحرم ثم مات وأوصي أن يحج عنه وبيان هذا من وجهين أحدهما ان النبي عليه السلام قال كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من هذه الثلاثة فينقطع بالموت ثم خروجه انما يكون قربة بطريق موصل الى اداء الحج وقد تبين أن هذا الخروج ما كان يوصله الى ذلك والدليل عليه انه ظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج لما روى ان النبي عليه السلام قال اذا أراد الله تعالى قبض روح عبد بارض جعل له اليها حاجة فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء ثم هناك يحج عنه من بلده فهنا كذلك وان كان له أوطان مختلفة فمات وهو مسافر وأوصى بالحج عنه فانه يحج عنه من أقرب الاوطان الى مكة لانه هو المتيقن به وبمطلق اللفظ لا يثبت الا بالتيقن بما هو كامل في نفسه لان الاطلاق يقتضى الكمال فان لم يكن له وطن فمن حيث مات لانه لو تجهز بنفسه للحج انما يتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصي وهذا لان من لا وطن له

فوطنه حيث حل وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب الى مكة فهم ضامنون وان كان بعد فلا ضمان عليهم لان فى الاول لم يحصل مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا مقصوده وزيادة وان أوصى أن يحجوا عنه فأحجوا رجلا فسرقت نفقته فى بعض الطريق فرجع عليهم أن يحجوا آخر من ثلث ما بقى فى أيديهم من حيث أوصى الميت فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ان بقي من ثلث ماله ما يمكن أن يحج به من حيث أوصى فكذلك الجواب في قول محمد ان لم يبق شئ من ثلث عزل للحج تبطل الوصية وعلى هذا الخلاف لو قال أعتقوا عنى نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث ما بقى فى أيديهم وفى قول محمد بطلت الوصية لان الوصى قائم مقام الموصي والورثة كذلك يقومون مقام المورث فى تنفيذ وصيته فكان تعيين الموصي والورثة بعض المال لوصيته كتعيين الموصي ولو عينه بنفسه فهلك ذلك المال بطلت الوصية فكذلك الوصى اذا عين ذلك المال لوصيته وقاسم الورثة ثم هلك بطلت الوصية والدليل عليه ان مقاسمة الوصى مع الموصى له علي الورثة يصح فلان تصح مقاسمته مع الورثة عن الموصى كان أولى لان الموصى أقامه مقام نفسه باختياره والورثة ما أقاموه مقامهم باختيارهم وأبو يوسف يقول محل الوصية الثلث فمقاسمة الموصى مع الورثة فى تمييز محل الميراث من محل الوصية تصح فأما مقاسمته فى تمييز محل الوصية عن البعض لا يجوز فما بقى من الثلث شئ فقد بقى محل الوصية فيجب تنفيذ الوصية باعتبار ما بقى وهو نظير مقاسمة الوصى عن الصغير مع الكبير تصح ومقاسمته بين الصغار لتمييز نصيب بعضهم عن بعض لا تصح وأبو حنيفة يقول مقصود الموصى لم يكن المقاسمة وانما كان لتحصيل القربة له بالعتق ويجعل الهالك علي التركة كان لم يكن فتنفذ الوصية فى هذه القسمة من ثلث ما بقى وفيه جواب عما قاله محمد رحمه الله أن الوصى انما يقوم مقام الموصى فيما فيه تحصيل مقصوده خاصه وهذا بخلاف مقاسمته مع الموصي له لان فيه تحصيل مقصوده فان مقصوده تنفيذ الوصية وفى هذه القسمة تنفيذ الوصية وهذه المسئلة فى الحقيقة نظير الاولى فى المعنى فان السفر كان مقصوده فيدور مع ذلك المقصود جعل ذلك أبو حنيفة وجوده كعدمه وها هنا التعيين والقسمة لمقصود فاذا لم يحصل ذلك المقصود كان وجود القسمة كعدمها ولو كان الموصي له بالثلث غائبا فقاسم الموصي الورثة على الموصى له لم تجز قسمته عليه حتى اذا هلك فى يده ما عزله للموصى له

كان له أن يرجع علي الورثة بثلث ما أخذوه بخلاف ما اذا قاسم علي الورثة مع الموصى له لان الورثة يخلفون المورث فى العين يبقى لهم الملك الذى كان للمورث ولهذا يرد الوارث بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه والوصى قائم مقام الموصى فيكون قائما مقام من يخلفه فى ملكه وأما الموصى له فيثبت الملك له بايجاب مبتدأ حتى لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى فلا يقوم الموصى مقامه فى تعيين محل حقه ولكن ما هلك مما عزله يهلك على الشركة ومابقى يبقى علي الشركة والعزل انما يصح بشرط أن يسلم المعزول للموصى له واذا أوصى أن يحجوا عنه وارثا لم يجز الا أن يجيزه الورثة لان فيه ايثاره بشئ من ماله لنفقته علي نفسه وكما انه لايجوز ايثاره بشئ من المال تمليكا منه بدون اجازة الورثة فكذلك اباحته له لنفقته على نفسه *ولو أوصي بان يحج عنه بمائة درهم وأوصى بما بقى من ثلثه لفلان وأوصي بالثلث من ماله لآخر والثلث بمائة درهم فنصف الثلث للحج ونصفه لصاحب الثلث لاستواء الوصيتين فى القوة والمقدار ولا شئ لصاحب مابقى لانه لم يبق من الثلث شئ والايجاب بهذا اللفظ يتناول ما بقى واذا لم يبق من الثلث شئ بطل الايجاب لانعدام المحل وهو بمنزلة العصبة مع أصحاب الفرائض فان للعصبة ما بقى بعد حق أصحاب الفرائض واذا لم يبق شئ لم يكن له شئ يقول فان مات الموصى له بالثلث قبل موت الموصى فما بقى من الثلث للموصى له بما بقى لان وصية الموصى له بالثلث بطلت بموته قبل موت الموصى فكأنها لم تكن ولكن لايصح هذا الجواب علي ماوضعه عليه فى الابتداء ان الثلث مائة درهم لانه أوصى أن يحج عنه بمائة فيجب تنفيذ هذه الوصية أولا ثم لا يبقى من الثلث شئ لان ذلك لايكون له بما بقى الا أن يكون الثلث أكثر من مائة فحينئذ يحج عنه بالمائة والفضل للموصى له بما بقى واذا كانت الوصايا لله تعالى لا يسعها الثلث مثل الحجة والنسمة والبدنة بدئ بالذى بدأ به ما خلا حجة الاسلام أو الزكاة أو شيأ واجبا عليه فانه يبدأ بالواجب وان كان الميت أخره استحسن ذلك ودع القياس فيه وقد تقدم فى ترتيب الوصايا من البيان ماهو كاف والله أعلم بالصواب

باب الوصية للوارث والاجنبي والقاتل

(قال رحمه الله) قد بينا أن الوصية للوارث لا تجوز بدون اجازة الورثة لقوله عليه السلام لا وصية لوارث الى ان يجيزه الورثة فان أوصى لبعض ورثته ولاجنبي جازت حصة

الاجنبي وبطلت حصة الوارث لان الايجاب تناولهما بدليل ان عند اجازة الورثة ثم الاستحقاق لهما فبطلانه فى حصة الوارث بعدم الاجازة لا يبطل حصة الاجنبي ولا يزيد فى نصيبه بخلاف الوصية لحي وميت فالايجاب فى حق الميت غير صحيح أصلا وهذا بخلاف الاقرار لوارثه ولاجنبي لان الاقرار اخبار عن واجب سابق وقد أقر بالمال مشتركا بينهما ولا يمكن اثباته بهذه الصفة لما فيه من منفعة الوارث والوصية ايجاب مبتدأ وانما يتناول ايجابه نصف الثلث فى حق كل واحد منهما فأمكن تصحيحه فى نصيب الاجنبي كما أوجبه الموصي له وعلى هذا الوصية للقاتل وللاجنبي مع الاقرار لهما لان صفة القتل فى المنع عن الوصية والاقرار كصفة الوراثة على ما نبينه ولو أوصى له بشيء وهو وارث يوم أوصي ثم صار غير وارث أو كان غير وارث يوم الوصية ثم صار وارثا ومات الموصي انما ينظر الى يوم يموت الموصى فان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية وان لم يكن وارثه جازت الوصية لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت وانما تحقق الوجوب له عند الموت ولان المانع صفة الوراثة ولا يعرف ذلك الا عند الموت لان صفة الوراثة لا تكون الا بعد بقاء الوارث حيا بعد موت المورث وكذلك الهبة فى المرض والكفالة فان ذلك فى حكم الوصية حتى تعتبر من الثلث فى حق الاجنبي ولا يصح للوارث أصلا وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاقرار فى كتاب الاقرار ان هناك ان صار وارثا بسبب تجدد الاقرار كان الاقرار صحيحا وان ورثه بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار * واذا أوصى لمكاتب وارثه أو لعبد وارثه فهو باطل من أجل أن ذلك ينتفع به الوارث فان المولى يملك كسب عبده وله حق الملك فى كسب مكاتبه * ولو أوصى لمكاتبه وقد كاتبه فى مرضه أو فى صحته جازت الوصية لانه ليس فى هذا منفعة لبعض الورثة دون البعض فانه ان عتق فالوصية سالمة له وهو أجنبي وان عجز فرقبته وكسبه يكون ميراثا بين جميع الورثة قال وبلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه لم يجعل للقاتل ميراثا وعن عمر رضى الله عنه مثله وعن عبيدة السلماني رضى الله عنه قال لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة والوصية عندنا بمنزلة ذلك ولا وصية لقاتل أما الكلام في نفي الارث للقاتل فقد بيناه فى الديات وأما الوصية للقاتل فلا تصح عندنا سواء أوصى له قبل الجراحة أو بعدها وقال مالك تصح الوصية له فى الوجهين وقال الشافعي ان أوصي له قبل أن يجرحه بطلت الوصية بقتله اياه وان أوصى بعد ما جرحه صحت الوصية وجه قول مالك ان هذا تمليك المال بالعقد فالقتل

لا يبطله كالتمليك بالبيع والهبة وبان كان يبطل الارث لا يستدل على انه يبطل الوصية كالرق واختلاف الدين فانه ينفي التوريث ولا يمنع الوصية والفرق للشافعي من وجهين أحدهما انه ان كان الجرح بعد الوصية فالظاهر أن الموصي نادم على وصيته راجع عنها واذا كانت الوصية بعد الجرح فلم يوجد بعد الوصية مايدل على الرجوع عنها بل الظاهر انه قصد الانتداب الى ماندب اليه وهو مقابلة السيئة بالاحسان والثاني انه اذا جرحه بعد الوصية فالموصى له قصد الاستعجال بفعل محظور فيعاقب بالحرمان كالميراث فأما اذا أوصى له بعد الجراحة فلم يتوهم قصد الاستعجال في تلك الجراحة ولا بعد الوصية فبقيت الوصية على حالها وجه قولنا ظاهر قوله عليه السلام ليس لقاتل شيء ويدخل الوصية والميراث جميعا في عموم هذا اللفظ وقال ولا وصية لقاتل ولان الملك بالوصية يثبت بعد الموت فيكون معتبرا بالملك الثابت بالميراث ولا فرق بينهما في المعنى لان بطلان الوصية للوارث لدفع المغايظة عن سائر الورثة وبطلان الوصية للقاتل لهذا المعنى أيضا فانه يغيظهم أن يقاسمهم قاتل أبيهم تركة أبيهم بسبب الارث أو بسبب الوصية وفي هذا المعنى لا فرق بين أن تتقدم الوصية على الجرح أو تتأخر عنه وبه فارق الرق والكفر فان الحرمان بهما لانعدام الاهلية للولاية لا لدفع المغايظة عن سائر الورثة ولا معتبر بالاهلية للولاية في الوصية وبخلاف سائر عقود التمليكات لانها لا تشابه الارث صورة ولا معنى وكذلك لو كان القاتل وارثا فأوصى له لم تجز الوصية وهذا تجوز في العبارة فان القاتل لا يكون وارثا وان كان وارثا كالصبي والمعتوه والوصية لمثل هذا القاتل تصح ثم الوجه فيه انه اجتمع فيه وصفان كل واحد منهما بانفراده يجزئ الوصية فاجتماعهما أولى فان أجازت الورثة الوصية للقاتل جازت في قول أبي حنيفة ومحمد ولم تجز في قول أبي يوسف ذكر قوله في الزيادات لان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل وان أوصى به الورثة فكذلك الوصية وهذا لان الحرمان كان بطريق العقوبة حقا للشرع فلا يتغير ذلك بوجود الرضى من الورثة والدليل عليه انه لو أوصى لحربي في دار الحرب لم تجز الوصية لتباين الدارين وان أجازت الورثة وانما امتنعت الوصية للحربي لكونه محاربا حكما والقاتل محارب له حقيقة فلأن لا تنفذ الوصية له باجازة الورثة كان أولى وجه قولهما ان الوصية للقاتل أقرب الى الجواز من الوصية للوارث لان الامر في نفس الوصية للوارث مشهور وفي نفي الوصية للقاتل مسبور والعلماء اتفقوا على أن لا وصية للوارث واختلفوا في جواز الوصية للقاتل ثم باجازة الورثة تنفيذ الوصية

للوارث فكذلك للقاتل والمعنى فيهما واحد وهو ان المغايظة تنعدم عند وجود الرضى من الوارث بالاجازة فى الوضعين جميعا بخلاف ميراث القاتل فان ثبوت الملك بالميراث بطريق الحكم حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد والاجازة انما تعمل فيما يعتمد القبول ويرتد بالرد وبخلاف الوصية للحربى فى دار الحرب لان بطلانها لانعدام الاهلية فى جانب الموصى له فان من فى دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت ولهذا تنقطع العصمة بتباين الدارين حقيقة وحكما والميت لا يكون أهلا للوصية له ولا تأثير للاجازة فى اثبات الاهلية لمن ليس باهل وكذلك الوصية لعبد القاتل أو لمكاتبه فانها كالوصية للقاتل لما يثبت له من حقيقة الملك أو حق الملك فى الموصى به وقال فى الاصل اذا كانت الوصية لمولاه أو لعبده أبطلناها وقال الحاكم تأويله عندنا اذا كان المولى هو القاتل فأوصى له أو لعبده فأما اذا كان العبد هو القاتل فالوصية لمولاه وصية صحيحة (ألا ترى) ان عبد الوارث اذا قتل المورث لا يحرم المولي ميراثه وهذا لانه لاحق للعبد فى ملك مولاه وليس فى حق المولى مايحرمه الارث والوصية لابن القاتل وأبويه وغيرهم من قرابته جائزة وكذلك لمماليك هؤلاء من عبيدهم ومكاتبيهم ومدبريهم وأمهات أولادهم على قياس الارث فان ابن القاتل وأبويه يرثون المقتول وان لم يرثه القاتل وهذا لانه ليس للقاتل فى ملك هؤلاء حق الملك ولا حقيقة الملك واذا أقر لقاتله بدين فان كان مريضا صاحب فراش حتى مات لم يجز وان كان يذهب ويجئ فهو جائز لان الجرح وان كان سبب الهلاك ولكن لا يصير به فى حكم المريض مالم يصر صاحب فراش فان المريض انما يباين الصحيح بهذا لان الانسان لا يخلو عن نوع مرض وان كان صحيحا فاذا لم يصر صاحب فراش كان هو فى حكم الصحيح واذا كان صاحب فراش فهو مريض وان تكلف لمشيه الى بعض حوائجه وكذلك الهبة اذا قبضها القاتل وهو مريض فان تصرف المريض كالمضاف الى مابعد الموت فأما اذا كان يذهب ويجئ فهو صحيح ينفذ تصرفه فى الحال مع القاتل كما ينفذ مع غيره وهكذا الجواب فى الاقرار للوارث والهبة له واذا ضربت المرأة الرجل بحديدة أو بغير حديدة فأوصى لها ثم تزوجها فلا ميراث لها ولا وصية وانما لها مقدار صداق مثلها من المسمى وما زاد على ذلك فى معنى الوصية فيبطل بالقتل ولو اشترك عشرة فى قتل رجل أحدهم عبده وأوصى لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده فالوصية باطلة لان كل واحد منهم قاتل له على الكمال (ألا ترى) انه يلزمهم القصاص اذا كان عمدا

والكفارة اذا كان خطأ كما لو تفرد به وان كل واحد منهم يحرم عن الميراث فكذلك الوصية
الا أن العتق بعد ما تعذر لا يمكن رده فيكون الرد بايجاب السعاية عليه في قيمته والعفو على
القاتل في دم العمد جائز لان الواجب القصاص والقصاص ليس بمال (ألا ترى) ان متلفه
بالشهادة باطلة والاكراه على العفو لا يكون ضامنا وانه لا يعتبر من الثلث بحال فيكون صحيحا
للقاتل وجعل العفو في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء أو أقوى منه ولو كان خطأ فعفا عنه
كان هذا منه وصية لعاقلته فيجوز من الثلث لان الواجب في الخطأ الدية على العاقلة وهو
مال قلنا أصل الوجوب على القاتل والعاقلة يتحملون عنه فتكون هذه وصية للقاتل قلنا باعتبار
المال الوصية تكون للعاقلة وهم المنتفعون بهذه الوصية فان قيل جزؤ من الدية على القاتل ففي
ذلك الجزء الوصية منه تكون للقاتل قلنا نعم ولكن تتعذر الوصية في ذلك الجزء لان كل جزء
من بدل النفس يتقرر وجوبه على القاتل ففي ذلك الجزء الوصية تتحمله العاقلة كما لو اشترك
ألف نفس في قتل رجل فالجزء الواجب على كل واحد منهم مع قلته يتحمله العاقلة وكذلك ان
كان القاتل عبدا لان الوصية بالعفو تقع لمولاه فان موجب جناية العبد على المولى وهو الذي
يخاطب بدفعه أو فدائه (ألا ترى) ان بمد عتق العبد لا يطالب بشيء واذا أوصي لعبده بثلث ماله
صحت الوصية لان رقبته من جملة ماله فيكون موصيا له بجزء منها فان قتله العبد فوصيته
باطلة غير انه يعتق ويسعى في قيمته لانه تعذر رد العتق فيكون الرد بايجاب السعاية وعلى هذا
المدبر اذا قتل مولاه عمدا أو خطأ فعليه أن يسعى في قيمته لرد الوصية وعليه في العمد
القصاص فان كان للمقتول وليان فعفى أحدهما عنه انقلب نصيب الآخر مالا فعليه أن يسعى
في نصف قيمته للآخر لانها انما صارت مالا بعد ما عتق وصار أحق بمكاسبه الا أن الواجب
بسبب جناية كانت منه في حال رقه فيكون الوجوب عليه من القيمة دون الدية بخلاف
ما اذا قتل مولاه خطأ لانه حين وجب المال بسبب الجناية كان المولي أحق بكسبه وموجب
جنايته على غيره يكون على المولى فلا يجب بجنايته على مولاه شيء من ذلك لانه لو وجب
وجب على نفسه وأم الولد اذا قتلت سيدها خطأ فليس عليها سعاية في شيء لان عتقها ليس بوصية
وموجب جنايتها على غير المولى يكون على المولي فلا يلزمه بالجناية على مولاها خطأ شيء وان
قتلته عمدا وليس لها منه ولد كان عليها القصاص فان عفى أحد الوارثين سعت للآخر في نصف
قيمتها لان نصيب الآخر انما انقلب مالا بعد ما عتقت وصارت أحق بكسبها وان كان لها منه

ولد بطل عنها القصاص لصيرورة جزء منه لولدها وعليها أن تسعى فى قيمتها لان القصاص انما انقلب مالا بعد موت المولى حين ورث ولدها جزأ منه واذا أوصى لقاتله بالثلث وأجاز ذلك الورثة بعد موته جاز وان اجازته قبل موته فهو باطل بمنزلة الوصية للوارث وقد تقدم بيانه ولو أوصى لرجل بوصية فقامت البينة عليه انه قاتل وصدقهم بذلك بعض الورثة وكذبهم بعضهم فانه يبرأ من حصة الذين كذبوا من الدية وتجوز وصيته فى حصتهم من الثلث ويلزمه حصة الذين صدقوا من الدين وتبطل وصيته فى حصتهم من الثلث لان فى حق كل فريق يجعل كأن الفريق الآخر فى مثل حاله اذ لا ولاية لبعضهم على البعض واذا قامت عليه بينة بالقتل وأبرأه الميت فابراؤه عفو منه فيصح من الثلث ان كان القتل خطأ ولا وصية له بعد ذلك لان القتل ثبت عليه بالبينة فان فى حق الذين كذبوهم حتى لو كذب الورثة الشهود جازت الوصية له بعد واذا جرح الرجل فى مرضه جراحة عمدا أو خطأ فقال المجروح لم يجرحنى فلان ثم مات من ذلك كان القول قوله ولا سبيل للورثة على القاتل لانهم يخلفونه وبعد ماقال لم يجرحنى لا سبيل له عليه فى دعوى القتل فكذلك لورثته وان أقام ورثته البينة على القتل لم تقبل بينتهم لان قبول البينة ينبنى على صحة الدعوى منهم وبعد قول المجروح لم يجرحنى فلان لا يصح كما لا يصح الدعوى منه قبل موته بخلاف ما اذا قال لا جراحة لى قبل فلان ثم ادعى عليه القتل وأثبته بالبينة جازت لانه نفى موجب الجرح ودعواه موجب النفس لا تنافى ماأبقاه من موجب الجرح وفى الاول نفى أصل الجرح ومن ضرورته نفى القتل اذ القتل بدون الجرح لا تصور له اما ظاهرا أو باطنا واذا أوصي الرجل لرجلين بوصية وأقام كل واحد من ورثته البينة على أحد الموصى لهما انه قتل صاحبهما خطأ كان على كل واحد منهما خمسة آلاف للذى أقام عليه البينة ولا وصية له فى حصة الذى أقام عليه البينة بالقتل وتجوز له الوصية فى حصة الاخر بالحساب لان كل واحد منهما يثبت الحق على المشهود عليه لنفسه ولصاحبه وصاحبه مكذب لشهوده فيخرج كل واحد منهما من ان يكون قاتلا فى حق من كذب المشهود عليه ويبقى قاتلا فى حق الآخر فى حكم الدية والوصية جميعا واذا أوصى الرجل لرجلين لكل واحد منهما بالثلث وأوصى لآخر بعبد فشهد الموصي لهما بالثلث على الموصى له بالعبد انه قاتل فشهادتهما باطلة لانهما يجزآن الثلث الى أنفسهما ويسقطان مزاحمة الموصى له بالعبد معهما في الثلث ويلزمه الدية أيضا ولهما من ذلك الثلث فكانا شاهدين لانفسهما والموصى له بالثلث شريك الوارث

فى التركة فهذه الشهادة لاتقبل من الورثة للتهمة فكذلك من الموصى له وكذلك لو شهدا على وارث أو على أجنبي انه قتله خطأ لان المعنى فى الكل سواء واذا أعتق الرجل فى مرضه صبيا صغيرا لامال له غيره ثم قتل الصبي مولاه عمدا فعليه أن يسعى فى قيمتين يدفع له من ذلك الثلث وصية له ويسعى فيما بقى لان الصبي لايحرم الارث بسبب القتل فكذلك لايحرم الوصية ومحل الوصية الثلث فيلزمه السعاية فيما زاد على الثلث والمعتق فى المرض ما دام عليه شيء من السعاية فهو بمنزلة المكاتب فلهذا ألزمه السعاية فى قيمته بسبب الجناية وفى قيمته بسبب العتق فى المرض بعد أن يسلم له من ذلك الثلث ولو كان كبيرا فقتل مولاه خطأ سعى فى قيمتين للورثة ولا وصية له لانه قاتل وهذا أقوى وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله فأما عندهما عليه السعاية فى قيمته لرد الوصية والدية على العاقلة لان المستسعى حر عندهما ولو قتل غير مولاه خطأ كانت الدية على عاقلته وكذلك اذا قتل مولاه وعند أبى حنيفة هو بمنزلة المكاتب فعليه السعاية فى قيمته لاجل الجناية وكذلك قولهما فى الصبي أن الدية تجب على عاقلته كما لو قتل غير مولاه لانه حر فان كان عليه السعاية لم يحسب له قيمته من الثلث بطريق الوصية لان الصبي لايحرم الوصية وان كان قاتلا والله أعلم

باب الوصية بالغلة والخدمة

(قال رحمه الله) والوصية بخدمة العبد أو غلته أو سكنى الدار وغلتها تجوز عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت لان الموصى يملك له بايجابه وذلك لايصح منه فيما ليس بمملوك له والمنفعة والغلة التى تحدث بعد موته ليست بمملوكة له وبايجابه لا يتناول المنفعة والغلة التى تحدث في حال حياته فيبطل وصيته بها ولكنا نقول المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل فى حال الحياة فيجعل التمليك بعد الموت أيضا وهذا لان الموصي تبقي العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما تحدث المنفعة على ملكه فاذا ثبت هذا فى المنفعة فكذلك فى الغلة لانها بدل المنفعة والوصية بخلاف الميراث فالارث لايجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لايتصور الا فيما يبقي وقتين والمنفعة لاتبقي وقتين فاما الوصية ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة فيما أبقى فان أوصي بخدمة عبده سنة

وليس له مال غيره فان العبد يخدم الورثة يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له سنة لان الوصية لا تنفذ فى أكثر من الثلث وفى زمان الخدمة تكون يد الورثة مقصورة عن العبد فلا يمكن قصر يدهم عن جميع المال بسبب الوصية والعبد لا يحتمل القسمة فى نفسه فتكون القسمة بطريق المهاياة فى الخدمة وحق الورثة فى سهمين وحق الموصى له فى سهم فيخدمهم يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له سنة وصارت الوصية بالخدمة ما لم يستوف الموصى له كمال حقه بمنزلة الوصية بالرقبة ولو أوصى بسكنى دار سنة ولا مال له غيرها فانه يسكن ثلثها سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة أقرب الى المعادلة لان كل واحد منهما يستوفى نصيبه من السكنى فى الوقت الذى يستوفيه صاحبه بخلاف ما اذا تهايآ عن الزمان فان هناك يسبق أحدهما بالاستيفاء فلا يصار اليه الا عند تعذر قسمة السكنى بالاجزاء ولكن ليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار الا فى رواية عن أبى يوسف يقول ان ذلك حقهم على الخلوص فينفذ بيعهم فيه ولكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت فى سكنى جميعها بدليل أنه لو ظهر للميت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو أحق بسكنى جميعها ولو خرب ما فى يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما فى أيديهم وفى البيع ابطال حقه فكانوا ممنوعين من ذلك ولو أوصي له بغلة عبده سنة وليس له مال غيره كان له ثلث غلته تلك السنة لان الغلة عين مال تحتمل القسمة فانما تنفذ الوصية فى مقدار الثلث من الغلة فى سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا تحتمل القسمة بالاجزاء فللموصي له أن يستوفى الخدمة بطريق المهايأة الى أن يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة كما أوصى لزيد وكذلك ان أوصي له به وكذلك ان أوصي له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة فى الموضعين جميعا تحتمل القسمة فلا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة فى سنة واحدة وان أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن أبى يوسف فانه يقول الموصى بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما ان للشريك أن يطالب بالقسمة ليكون هو الذى يستغل نصيبه فكذلك الموصى له بالغلة هاهنا ولكنا نقول القسمة تبني علي ثبوت حق الموصي له فيما تلاقيه القسمة ولا حق له فى عين الدار انما حقه فى الغلة وقسمة الدار لا تكون قسمة للغلة فلا يكون له أن يطالب بها وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد ان يؤاجرهما عندنا وقال الشافعى

له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة فى حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار فى حال الحياة ملك الاجارة من غيره فكذلك اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين والعين سواء تملكها ببدل أو بغير بدل تملك الاعتياض عنه مع غيره فكذلك المنفعة بخلاف المستعير فانه لا يتملك المنفعة عندى ولكن الاعارة فى حكم الاباحة ولهذا قلت المستعير لا يعير من غيره والدليل على الفرق ان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين وحجتنا فى ذلك أن الموصى له يملك المنفعة يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين وحجتنا فى ذلك أن الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من الغير بعوض كالمستعير وهذا لان المستعير مالك للمنفعة فان التمليك فى حال الحياة أقرب الى الجواز منه بعد الموت واذا كانت المنفعة تحتمل التمليك بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك فى حال الحياة أولي وتصح بلفظ التمليك حتي لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة وانما لا يتعلق بهذا اللفظ اللزوم لكونها متعرية عن البدل وكذلك الوصية الا أن غير الموصى لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصى والموصى مات فلا يتصور رجوعه فيه وهذا لان المنفعه ليست بمال وفى تمليكها بمال احداث معنى المالية فيها فانما تثبت هذه الولاية فيها لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها فأما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما يملك معنى وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصي وأهله فى موضع آخر عرفنا أن المقصود له أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم واذا كانوا فى بصرة فمقصوده الى تمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون له ان يخرجه من بلدته وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الصلح وما فيها من اختلاف الروايات ولو أوصى له بخدمة عبده وللاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما وما أوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده فبعطف احدى الوصيتين على الاخرى لا يتحقق بينهما مشاركة فيما أوجبه لكل واحد منهما ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذلك اذا أوصي بالرقبة

لانسان آخر لان الوصية قياس الميراث من حيث ان الملك يثبت بها بعد الموت (ألا ترى) أنه لو أوصى بأمة لرجل وبما فى بطنها لآخر وهو يخرج من الثلث كان ذلك كما أوصي ولا شئ لصاحب الامة فى الولد ولو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه كان كما أوصى ولا شئ لصاحب الخاتم من الفص ولو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى فأما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فى هذه المسئلة فعلى قول أبي يوسف الجواب كذلك وعلى قول محمد تكون الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك الخاتم والفص والقوصرة والتمر ووجه قول أبي يوسف ان بايجابه فى الكلام الثانى يبين أن مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لاتلزمه شيأ فى حال فيكون حالة البيان الموصول فيه والمفصول سواء كما فى الوصية بالرقبة والخدمة فان هناك المفصول والموصول سواء فى الحكم ومحمد يقول اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا فاسم الجارية يتناولها وما فى بطنها وفى القوصرة كذلك ومن أصلنا أن العام موجبه ثبوت الحكم فى كل ما يتناوله على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فاجتمع فى الفص الوصية لكل واحد منهما بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية للثانى فيه دليل الرجوع عن الاول كما لو أوصي بالخاتم للثانى بخلاف الخدمة مع الرقبة فاسم الرقبة لايتناول الخدمة ولكن الموصى له بالرقبة انما يستخدمها لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك بمنزلة دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص فاذا جنى العبد الموصى له بخدمته ورقبته جناية فالفداء على صاحب الخدمة لان فيما هو المقصود بالعبد وهو الاستخدام هو المختص به كالمالك وبالفداء تسلم الخدمة له ولا يسلم لصاحب الرقبة شئ فى الحال فاذا فداه خدمه على حاله لانه طهره عن الجناية وان مات صاحب الخدمة انتقضت الوصية لان الحق للموصي له في الخدمة لايحتمل التوريث لانها لاتبقى وقتين فلا يتصور أن تكون مملوكة للمورث ثم للوارث فتبطل الوصية بموته عندنا خلافا للشافعى فانه يرى توريث المنفعة وقد بينا هذا فى الاجارات ثم يقال لصاحب الرقبة اد الى ورثته ذلك الفداء لانه ظهر أن صاحب الرقبة هو المنتفع بذلك الفداء فان خدمة العبد تسلم له وقد كان الموصى له مضطرا الى ذلك الفداء فلا يكون متبرعا فيه فان أبى أن يرد الفداء

علي ورثته يبع فيه العبد وكان بمنزلة الدين فى عتقه لانه انما جنى العبد بذلك الفداء ولولاه لكانت نفسه مستحقة بالجناية واذا أبى صاحب الخدمة في أول الامر أن يفدى لم يجز على ذلك لانه لا يملك شيأ من الرقبة وقد رضي ببطلان حقه فى الخدمة حين أبى أن يفدى ويقال لصاحب الرقبة ادفعه أوافده فأيهما صنع بطلت وصية صاحب الخدمة لانه ان دفعه فقد فات محل وصيته وان فداه فانما يفديه بما أسلم له من خدمته والموصي له حين أبى أن يفديه فقد رضى بصيرورة العبد مستهلكا فيما لحقه من الجناية والغرم ولو قتل رجل العبد خطأ ولم يجن العبد فعلى عاقلة القاتل قيمته يشترى بها عند عدم صاحب الخدمة لان القيمة قائمة مقام الرقبة وقد كانت الرقبة للموصى له بها مشغولة بحق الموصى له بالخدمة فيها فكذلك ما يقوم مقامها ولا يقال حق الموصى له بالخدمة فى المنفعة والمنفعة لا تتقوم بالاتلاف لان الوصية بالخدمة وان تعلقت بالمنفعة فالاستحقاق بها يتعدى الى العين ولهذا يعتبر خروج العين من الثلث والقيمة بدل العين فيشترى بها ما يقوم مقام العين الاولى ويثبت فيه حق صاحب الخدمة كما كان ثابتا فى الاولي وان كان القتل عمدا فلا قصاص فيه الا أن يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة أما صاحب الرقبة فلانه هو المالك للعبد وولاية استيفاء القصاص تثبت بملك الرقبة وأما صاحب الخدمة فلان فى استيفاء القصاص ابطال حقه فى الخدمة وهو حق لازم له فلا يجوز ابطاله بغير رضاه فان اختلفا فيه تعذر استيفاء القصاص فوجب قيمته فى مال القاتل يشترى بها عبدا فيخدمه مكانه لان فى استيفاء المال مراعاة الحقين ولو فقأ رجل عينيه أو قطع يده دفع العبد وأخذت قيمته صحيحا لان هذه الجناية استهلاك له حكما فيعتبر باستهلاكه حقيقة فيوجب قيمته صحيحا من الجانى بعد تسليم الجثة اليه ويشترى بها عبدا مكانه ولو قطعت يده أو فقئت عينه أو شج موضحة فادى القاتل ارش ذلك فان كانت الجناية تنقص الخدمة اشترى بالارش عبدا آخر يخدم صاحب الخدمة مع العبد الاول لان الارش بدل الفائت بالجناية وقد كان حق الموصي له بالخدمة ثابتا في ذلك الجزء ولما كان فواته ينقص الخدمة فيثبت فى بدله أيضا أو يباع العبد فيضم ثمنه أيضا الى ذلك الارش ويشترى بهما عبد ليكون قائما مقام الاول ولكن هذا اذا اتفقا عليه فان اختلفا فى ذلك لم يبع العبد لان رقبته لاحدهما وخدمته للآخر فلا يجوز بيعه الا برضاهما ولكن يشترى بالارش عبد يخدمه معه فان لم يوجد بالارش عبد وقف الارش حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا

على أن يقتسماه نصفين أجزت ذلك بينهما لان الحق لا يعدوهما فاذا تراضيا فيه على شئ كان لهما ذلك ولا يكون ما يستوفيه الموصي له بالخدمة من نصف الارش بدلا عن نقصان الخدمة لانه لا يملك الا الاعتياض عن الخدمة ولكن يكون اسقاطا لحقه ذلك بالمال الذى يستوفيه بمنزلة ما لو كان العبد قائما على حاله فصالح الموصى له بالرقبة على مال يستوفيه منه ليسلم العبد اليه فان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فالارش لصاحب الرقبة لانه بدل جزء فات من ملكه وظهر أنه لم يكن لصاحب الخدمة حق فى ذلك الجزء حين لم تنقص الخدمة بفواته وكل مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان الكسب يملك بملك الرقبة وهو المختص بملك الرقبة ولو كان مكان العبد أمة كان ماولدت من ولد لصاحب الرقبة لانه تولد من عينها وعينها ملك صاحب الرقبة ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه اذا أنفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذلك وهو أحق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان أبى أن ينفق رده على صاحبه فيلزمه نفقته فهذا كذلك أيضا فان كان أوصى بخدمة عبد صغير وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة لان بالنفقة عليه في حالة الصغر تنمو العين والمنفعة فى ذلك لصاحب الرقبة واذا صار بحيث يخدم فهو بالنفقة يتقوى على الخدمة والمنفعة فى ذلك لصاحب الخدمة فلهذا كانت النفقة عليه ثم نفقة المملوك على المالك باعتبار الاصل الا أن يصير معدا لانتفاع الغير به فحينئذ تكون النفقة على المنتفع كالمولى اذا زوج أمته ولم يبوؤها بيتا كانت نفقتها على المولى فان بوأها مع الزوج بيتا كانت نفقتها على الزوج ولو أوصى بدابة لرجل وبظهرها ومنفعتها لآخر كانت مثل العبد سواء لاستوائهما فى المعنى واذا كان لرجل ثلاثة أعبد فاوصى برقبة أحدهم لرجل وبخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الموصى بخدمته خمسمائة درهم وقيمة الموصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقى ألف فالثلث بينهما على ثمانية أسهم خمسة لصاحب الخدمة فى خدمة العبد الموصي بخدمته فيكون له من خدمته ثلاثة أيام وللورثة يوم ويكون للآخر من رقبة عبده مائتان وخمسة وعشرون لان الوصية بالخدمة فى الاعتبار من الثلث والمضاربة بها بمنزلة الوصية بالرقبة وجملة المال ألف وثمانمائة فوصية كل واحد منهما كانت بأقل من الثلث فيضرب كل واحد منهما بجميع وصيته وقيمة العبد الموصى بخدمته خمسمائة درهم فيضرب

صاحبها فى الثلث بذلك وصاحب الرقبة بثلث ماله فاذا جعلت كل مائة سهما كان الثلث بينهما علي ثمانية ثم ثلث المال بقدر ثلاثة ارباع الوصيتين لان ثلث المال ستمائة ومبلغ الوصيتين ثمانمائة ويقدر لكل واحد منهما ثلاثة ارباع وصيته فى الحال فيجتمع فى العبد الموصى بخدمته حق الورثة وحق الموصى له بخدمته حقه فى ثلاثة ارباعه وحق الورثة فى الربع فلهذا قال يخدم الموصى له بخدمته ثلاثة أيام والورثة يوما ولصاحب الرقبة ثلاثة ارباع رقبة عبده وذلك مائتان وخمسة وعشرون فاذا مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان الوصية بالخدمة قد بطلت وجميع العبد للآخر خارج من الثلث وزيادة وكذلك ان مات العبد الذى كان يخدم لان بموته بطلت الوصية بالخدمة وصار الميت كان لم يكن فيبقى السالم للورثة عند التساوى ألف درهم فيمكن تنفيذ الوصية فى عبد يساوي ثلثمائة درهم لان ذلك دون الثلث ولو كانت قيمة العبد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الاخر لان حقهما فى الثلث سواء والثلث بقدر رقبة واحدة فينفذ لكل واحد منهما الوصية فى نصف الثلث مما أوصى له ولو أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بقيمة الاخر فيكون هذا كالباب الذى قبله وهو قول أبى حنيفة بناء على أن الوصية بالعين فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة من الورثة تبطل ضربا واستحقاقا ولو كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصي له به من الرقاب ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لاتساع محل الوصية ويجتمع فى العبد الواحد الوصية برقبته وبخدمته فاذا مات صاحب الخدمة رجع ذلك الى صاحب الرقبة ولو لم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم بعينه لفلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث فى خدمة ذلك العبد وللآخر خمسا الثلث فى العبدين الباقيين فى كل واحد منهم خمس رقبة لان حق الموصى له بالخدمة فى العبد الموصي بخدمته تقدم على حق الآخر (ألا ترى) انه لو كان العبد واحدا فأوصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر لاتثبت المزاحمة لصاحب الرقبة مع صاحب الخدمة فيه فكذلك هاهنا الموصى له بثلث كل عبد لايزاحم الموصى له بالخدمة فى الثلث بشئ من وصيته فى هذا العبد وانما يزاحمه وصيته فى العبدين الآخرين وقد أوصي له بثلث كل واحد منهما فاذا جعلنا كل ثلث سهما كان حقه فى سهمين وحق الموصي له بالخدمة فى ثلاثة

فلهذا كان الثلث بينهم على خمسة والثلث بقدر رقبة واحدة فللموصى له بالخدمة ثلاثة أخماس ذلك كله فى العبد الموصى بخدمته واجتمع فيه حقه وحق الورثة وذلك فى خمسة فلهذا كانت المهاياة فى الخدمة على خمسة أيام يخدم الورثة يومين والموصى له ثلاثة أيام ويكون للآخر خمسا الثلث فى العبدين الباقين فيسلم له من كل واحد منهما خمس الرقبة ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال له غيرهم قسم الثلث بينهما نصفين لان الموصى له بثلث مال يزاحم الموصى له بالخدمة فى الثلث بوصيته فى العبد الموصى بخدمته (ألا ترى) انه لو كان العبد واحدا فأوصى بخدمته لانسان وبثلث ماله لآخر تثبت المزاحمة بينهما فى العبد بوصيتهما وهذا لان الخدمة تتناولها الوصية بثلث المال كما تتناول الرقبة لان ذلك من ماله بخلاف الاول فان الوصية بالرقبة لا تتناول الخدمة بحال لان الخدمة غير الرقبة اذا ثبت هـذا فنقول حقهم فى الثلث على السواء فيقسم الثلث بينهما نصفين فما أصاب صاحب الخدمة فهو فى العبد الموصى بخدمته وذلك نصفه وما أصاب صاحب الثلث وهو نصف العبد كان له والعبيد الثلاثة فى كل عبد ثلث ذلك الثلث فيكون دون الخدمة فى العبد الموصى بخدمته فى كل ستة أيام يخدم الموصى له بالخدمة ثلاثة والورثة يومين والموصى له بالثلث يوما حتى يموت صاحب الخدمة فاذا مات بطلت وصيته فزالت مزاحمته فيكون الموصى له بثلث المال جميع وصيته وهو ثلث كل عبد من العبيد الثلاثة واذا أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلته لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا ويغل على صاحب الغلة شهرا لاستواء حقهما فيه الا انه فى الخدمة جعل المناوبة بالايام لتيسر ذلك وفى الاستغلال جعل النوبة بالشهور لان استغلال العبد لا يكون عادة فيما دون الشهر ويتعذر استغلاله فى كل نوبة اذا جعلت بالايام وفى كل شهر طعامه على من له منفعته لان الغرم مقابل بالغنم وبالنفقة يتوصل الى الخدمة والعمل وكسوته عليهما نصفان لاستواء حقهما فيه وتعذر تجديد الكسوة فى كل نوبة وان جنى العبد جناية قيل لهما أفدياه لان تمليكهما من استيفاء حقهما يكون بالفداء فان أبيا ففداه الوارث بطلت وصيتهما لانهما حين أبيا الفداء فقد رضيا بدفعه وصار فى حكم المستهلك فى حقهما بمنزلة ما لو دفع بجنايته ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم وللآخر بثلث ماله ولا مال له غير العبد فثلث العبد بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة لان الوصية بغلة العبد كالوصية برقبته فى الاعتبار من الثلث فالموصى له بالغلة موصى له بجميع

المال ومن أصل أبي حنيفة ان الوصية بما زاد علي الثلث عند عدم الاجازة تبطل في حق الضرب فلهذا قال الثلث بينهما نصفان. فما أصاب صاحب الثلث فهو له وما أصاب صاحب الغلة استغل بحسب غلته وينفق عليه منها كل شهر درهم كما لو أوصى وانما يحبس جميع تلك الغلة لجواز أن يمرض أو يتعطل فلا يعمل في بعض الشهور ويحتاج الى الانفاق عليه مما هو محبوس لحقه فان مات وقد بقي منها شئ رد علي صاحب الثلث ويرجع عليه أيضا مما يحبس علي صاحب الغلة من رقبة العبد لان وصيته بطلت بموته فان حقه في بدل المنفعة وهي الغلة وقد بينا ان وارثه لا يخلفه فيما له من الحق في المنفعة فكذلك في بدلها وهذا لانه لم يصر مملوكا له ولكن ثبت له حق يستحق ان لو بقي حيا ومثل هذا لا يورث واذا بطلت وصيته وزالت مزاحمته سلم جميع الثلث لصاحب الثلث والمحبوس من الغلة بدل منفعة جزء من الثلث فيكون للموصى له بالثلث ولو أوصى لرجل بغلة داره ولا مال له غيرها فاحتاجت الورثة الي سكناها قسمت الدار اثلاثا ويكون للورثة ثلثاها واستغل ثلثها صاحب الغلة لان الدار تحتمل القسمة وثلثاها خالص حق الورثة فيجب تمكينهم من صرف نصيبهم الى حاجتهم وهو السكنى وانما يكون ذلك بالقسمة ولو أوصي لرجل بغلة داره ولآخر بعبد ولآخر بثوب فان ثلث مال الميت يقسم بينهم يضرب فيه كل واحد بما سمي له فما أصاب صاحب الدار كان له غلة ذلك لان الموصى أوجبه له فيصرف اليه الى أن يموت صاحب الغلة فحينئذ تبطل وصيته ويقسم الثلث بينهم وبين من بقي من أهل الوصية لزوال مزاحمته الا أن ها هنا ان كان حصل من الغلة شئ قبل موته فهو لورثته لانه صار مالكا لما حصل من الغلة حتى يتمكن من استيفائها في الحال وهو عين فيخلفه وارثه فيها ولو أوصي بغلة داره وعبده في المساكين جاز ولا يجوز ذلك في السكنى والخدمة الا لانسان معلوم لان الغلة عين مال يتصدق به وهذا وصية بالتصدق على المساكين فأما السكنى والخدمة لا يتصدق بهما بل تعار العين لاجلهما والاعارة لا تكون الا من انسان معلوم ثم المساكين محتاجون الى ما يسد خلتهم ويحصل ذلك لهم بالغلة وقل ما يحتاجون الى الخدمة والسكنى وقيل ينبغي أن يجوزا علي قياس من يجيز الوقف فان هذا في معنى وقف علي المساكين ومن أوصى بظهر دابته لانسان معلوم يركبها في حاجته ما عاش فهو جائز لانه وصية بالاعارة منه ولو أوصى بظهرها للمساكين أو في سبيل الله تعالى كان باطلا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو جائز وهذا لان من أصل أبي حنيفة ان

الوقف لا يتعلق به اللزوم وان وقف المنقول لا يجوز وان كان مضافا الى ما بعد الموت وهو قول أبي يوسف فأما عند محمد وقف المنقول جائز فيما هو متعارف بين ذلك في السير الكبير وروى فيه ان ابن عمر رضي الله عنه مات عن ثلثمائة فرس و نيف ومائتي بعير مكتوب على افخاذها حبس لله تعالى لجوز ذلك استحسانا ولو لم يوص به لانسان بعينه وهما أبطلا ذلك الا أن يوصي به لانسان بعينه فيجوز حينئذ لحاجته ولو قال في صحته غلة داري هذه أو عبدي هذا صدقة في المساكين فان ردت بعد موتي فهي وصية من ثلثي تباع ويتصدق بثمنها جاز ذلك لانا قد بينا أن ابن أبي ليلى لا يجوز الوصية بالغلة أصلا فلا يأمن الموصي من أن يرفع ورثته الى قاض يعتقد قوله فيبطل وصيته فيحرز عن ذلك بما ذكر من الوصية الثانية وعلقها برد الاولى والوصية تحتمل التعليق وهذا التعليق فيه فائدة ابقاء الاولى لان الورثة لا يحتالون في ابطال الاولى اذا علموا انهم لا يستفيدون بذلك شيأ ثم المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فاذا ردت الاولى وجب تنفيذ الوصية الثانية فيباع اذا كان يخرج من ثلثه ويتصدق بثمنه ولو أوصى بداره أو بارضه فجعلها حبسا على الآخر والآخر من ورثته لا يباع أبطلت ذلك وجعلتها ميراثا للحديث لا حبس عن فرائض الله تعالى ولان هذا في معنى الوصية للوارث ولانه أن جعل في معنى الوقف فالوقف على بعض ورثته بعد موته لا يجوز والتأبيد من شرط الوقف ولم يوجد ذلك ولو أوصى بغلة داره لانسان وبسكناها لآخر وبرقبتها لآخر وهي الثلث فهدمها رجل بعد موت الموصي غرم قيمة ماهدم من بنائها وتبنى مساكن كما كانت فتؤجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها الآخر لان حقه كان تعلق بالبناء الاول فيحول الى البدل وهو القيمة وطريق ابقاء حقهما منه أن تبنى مساكن كما كانت ليكون الثاني قائما مقام الاول وكذلك البستان اذا أوصى بغلته فقطع رجل نخله أو شجره والحاصل أن الوصية بغلة البستان تتناول الثمار بغلة الدار والعبد يتناول الاجرة وكذلك بغلة الارض تتناول الاجرة والحصة من الخارج اذا وقعت مزارعة وبغلة الامة يتناول الاجرة دون الولد حتى انها لو ولدت لا يكون الولد للموصى له بالغلة وان ما تولد من عينها كالثمار ولكن يستحق بمطلق الاسم ما يطلق عليه اسم الغلة في كل شيء عادة واسم الغلة يطلق على الثمار ولا يطلق على أولادها ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بغلة داره وقيمة الدار ألف وله ألفان سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار لانه موصى له بالثلث معنى كالموصي له الآخر بالثلث بينهما

نصفان نصفه لصاحب الغلة كله فى الدار فلهذا كان له نصف غلة الدار ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار ان شئت قلت خمس ذلك فى الدار وأربعة أخماسه فى المال لانه شريك الورثة فيقاسم الورثة بحسب المال والمال المقسوم بينه وبين الورثة نصف الدار وقيمته خمسمائة وألفان فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كانت أخماسا وان شئت قلت ثلثا ذلك فى المال وثلثه فى الدار لان مزاحمة الموصى له بالغلة قد انعدمت فى نصف الدار وحق الموصي له بالثلث فى ثلث الدار بدليل أنه لولا وصية الآخر لكان يسلم له ثلث الدار فاذا فرغ من حق الآخر مقدار حقه وزيادة أخذ جميع حصته من الدار وهو الثلث مما يستوفيه فاذا مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لان وصية صاحب الغلة قد بطلت فان استحقت الدار بطلت وصية صاحب الغلة لانها كانت وصية بالعين فلا تبقى بعد استحقاق العين وان لم تستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك منها ويبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم ليتمكن كل واحد منهم من الانتفاع بنصيبهم وأيهم أبى أن يبنى لم يجبر على ذلك ولم يمنع الآخر من أن يبنى مايصيبه من ذلك ويؤاجره ويسكنه لان الآبى منهما قصد الاضرار بنفسه وبغيره وله أن يلزم الضرر في حق نفسه وليس له أن يلزم الضرر غيره ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بغلتها فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى انه أقر أنها للميت لم تجز شهادته لانه يجر الي نفسه بذلك نفعا وهو أنه يهد محل حقه وكذلك لو شهد للميت بدين أو بمال أو بقتل خطأ فشهادته باطلة لانه له فى مال الميت نصيبا وهو متهم فى هذه الشهادة فان مال الميت كلما كثر كان خيرا له وفى وصيته (ألا ترى) أنه لو ظهر على الميت دين كان يقضى من المشهود به ويسلم له وصيته فلهذا لا تقبل شهادته والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء السابع والعشرون من كتاب المبسوط ﴾

(ويليه الجزء الثامن والعشرون وأوله باب الوصية بغلة الارض والبستان)

﴿ فهرست الجزء السابع والعشرين من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾